Gesetzlich nicht geregelte Verschmelzung von Zentralgenossenschaften.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Heinz-Erich Mühlenburg

Referendar in Berlin.

1937

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

Berichterstatter: i. V. Doz. Dr. Isele.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548123_0082

Gliederung.

Seite:

I. Teil: Wirtschaftliche und rechtliche Grundlagen 1

§ 1. Begriff und Arten der Zentralgenossenschaften 1

§ 2. Die in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft organisierte Zentralgenossenschaft, insbesondere ihr Tätigkeitsbereich 4

§ 3. Angleichung der kapitalistischen Unternehmensformen an genossenschaftliche Grundsätze 7

§ 4. Verschmelzung in den gesetzlich geregelten Fällen . . . 11
I. Begriff der Verschmelzung 11
II. Verschmelzung der in der Rechtsform der EG. organisierten Zentralgenossenschaften 12
III. Verschmelzung der in der Rechtsform der AG organisierten Zentralgenossenschaften 14

II. Teil: Verschmelzung in den gesetzlich nicht geregelten Fällen . 15

A. § 5. Entsprechende Anwendung des § 306 HGB. und ausdehnende Auslegung des § 80 G.m.b.H.Ges. 15
I. Entsprechende Anwendung des § 306 HGB. bei der Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und ungleichartig organisierten Verbänden . . 15
II. Ausdehnende Auslegung des § 80 G.m.b.H.Ges. zum Zwecke der Verschmelzung von Aktiengesellschaften mit Gesellschaften mit beschränkter Haftung . . . 17

B. Übertragung des Vermögens 19
Allgemeines 19

§ 6. Der Übertragungsvertrag 20
I. Vertragsabschluß 20
II. Die Anwendbarkeit des § 310 BGB 21
III. Versuche zur Umgehung des § 310 BGB . . . 27
IV. Form des Übertragungsvertrages 28

§ 7. Vertretung bei der Vermögensübertragung 30
I. Rechtliche Bedeutung des § 303 HGB 31
II. Rechtliche Bedeutung der §§ 49, Abs. II G.m.b.H.Ges. und des § 44 Abs. II GenGes. 32
a) Keine Beschränkung der Vertretungsmacht . . 32
b) Bindung der Vertreter im Innenverhältnis gegenüber der Zentralgenossenschaft 33

§ 8. Übernahme der Schulden und Auflösung des untergehenden Verbandes 36
I. Der Schuldübernahmevertrag 36
II. Die Auflösungsverpflichtung 38
III. Die Beendigung des Verbandes 39

Seite:

C. Schutz der alten Gläubiger 40

D. Gewährung von Mitgliedschaftsrechten 41

§ 9. Der zum Zwecke des Erwerbs der Mitgliedschaft abzuschließende Vertrag 41

a) Erwerb der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft . . 42

§ 10. Vertrag zum Erwerb der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft 42

§ 11. Vertretung bei der Abgabe der Beitritts- und Aufnahmeerklärung 44

I. Vertretung bei der Abgabe der Beitrittserklärung . . 43

II. Unentziehbarer Anspruch auf die Liquidation. Bevollmächtigung zur Vertretung durch alle Mitglieder der aufzulösenden Zentralgenossenschaft 45

1. Unentziehbarkeit des Anspruchs auf die Liquidationsquote für die Mitglieder einer Genossenschaft, Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung 45

a) Unentziehbarkeit des Anspruchs für die Mitglieder der Aktiengesellschaft 45

b) Unentziehbarkeit des Anspruchs für die Mitglieder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung . 48

c) Unentziehbarkeit des Anspruchs für die Mitglieder der Genossenschaft 48

2. Zulässigkeit der Verteilung des Vermögens einer aufgelösten Genossenschaft, Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung in natura . . 49

3. Keine Möglichkeit der Gewährung von Anteilen des übernehmenden Verbandes statt der Auszahlung des Geldanteils 52

III. Aufnahmeerklärung und Eintragung der aufgenommenen Mitglieder 56

b) Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung . . . 57

Allgemeines 57

aa) Mitgliedschaftserwerb bei der Aktiengesellschaft . 57

§ 12. Vorratsaktien oder neu geschaffene Aktien. Der Kapitalerhöhungsbeschluß 57

α) Verwendung von Vorratsaktien oder neu geschaffenen Aktien zur Mitgliedschaftsgewährung 57

β) Der Kapitalerhöhungsbeschluß 58

§ 13. Zeichnung durch die Vertreter und die Entstehung der Mitgliedschaft 63

bb) Mitgliedschaftserwerb bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung 63

§ 14. Der Kapitalerhöhungsbeschluß und die Zeichnung durch die Vertreter 63

§ 15. Vertretung bei der Übernahme von Geschäftsanteilen, insbesondere Form der Bevollmächtigung hierzu. Entstehung der Mitgliedschaft 64

E. Schutz der übernommenen Mitglieder 66

§ 16. Bedeutung der vertraglichen Verschmelzung . . . 66

Schriftenverzeichnis.

Bachmann, Die Sonderrechte des Aktionärs, Zürich 1902.

Bästlein, Die Rechtsformen der Zentralgenossenschaften. Diss. Hamburg, 1931.

Becker, Gegenleistung unmittelbar an die Aktionäre bei Totalveräußerung, in Bankarchiv, Bd. 30, S. 412.

Bernhard, in Bankarchiv. 1926, S. 328, Besprechung von Dr. Richard Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne.

Birkenbihl-Maurer, Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. 2. Aufl., Berlin 1898.

Brand, Das HGB. mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1911.

Breit, Fusion und Aktienrechtsform in Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, begründet von L. Goldschmidt, Stuttgart 1929, Bd. 94, S. 356 ff.

Brodmann, Aktienrecht, Berlin und Leipzig, 1928.

— Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1930.

Citron, Zur Form des Verschmelzungsvertrages bei Genossenschaften, in JW. 1929, S. 620.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Allgemeine Lehren und das Schuldrecht, 8. Aufl. Jena 1927.

Deumer, Das Recht der eingetragenen Genossenschaften, München und Leipzig, 1912.

Eisner, Umwandlung von Gesellschaftsformen. Diss. Marburg, Berlin 1916.

Enneccerus-Kipp, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Bearbeitung, Marburg 1930.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung von Lehmann, Marburg 1932.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung von Nipperdey, Marburg 1931.

Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, III. Bd. 3. Abt., Leipzig 1929.

Fischer, Die Aktiengesellschaft, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, III. Bd. 1. Abt. Leipzig 1916.

Förtsch, Gesetz betr. die GmbH. 2. Auflage, Leipzig 1900.

Gareis, Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 1909.

Geiler, Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, 2. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig, 1922.

v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

— Schuldnachfolge und Haftung im älteren Deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte, Breslau 1910.

Gilbert, Formzwang für Fusionsverträge, in JW. 1928, S. 2597.

Goldmann, Das HGB. vom 10. Mai 1897, Bd. I, Berlin 1897.

— Bd. II, Berlin 1901/05.

Goldschmit, Die Aktiengesellschaft, München 1927.

Hachenburg (jüdischer Verfasser), Kommentar betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, I. Bd., 5. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.

— II. Bd., Berlin u. Leipzig 1927.

Hallier, Sonderrechte der Aktionäre, Diss. Göttingen, Hamburg 1892.
Haußmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1926.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Eine prozessuale Abhandlung mit Beiträgen zum bürgerlichen Recht, insbesondere zur Lehre von der Rechtsnachfolge und der Verfügungsmacht vom Nichtberechtigten, Leipzig 1901.
Hildebrand, Die ökonomischen Wesensmerkmale der freien Genossenschaft in Schmollers Jahrbuch, 1919, S. 1493.
Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1900.
Junck, Über Delegation in den Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1914, S. 1642.
Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht, Jena 1904.
Liebmann-Saenger, Kommentar betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 7. Aufl. Berlin 1927.
Marcus, Aus der Praxis des Registerrichters, in Holdheim, Bd. 14, S. 160.
Merzbacher-Krakenberger, Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, München 1928.
Meyer, E. H., Kurzkommentar zum Genossenschaftsgesetz, München, Berlin, 1935.
Meyer, Theodor, Eine eingetragene Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft als Mitglied einer andern. Diss. Göttingen, 1913.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl. Tübingen 1928.
Neukamp-Becker, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 3. u. 4. Aufl. Berlin 1907.
Neukamp, Die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Bd. 57, S. 479 ff.
Nord, Die Rechte des Aktionärs und die Folgen ihrer Verletzung, Berlin 1925.
Obermeyer, Über gemischtwirtschaftliche Unternehmungen in Form von Aktiengesellschaften, in LZ. für Deutsches Recht 1917, S. 646.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927.
Parisius-Crüger, Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, 12. Aufl. Berlin und Leipzig, 1932.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1. Bd., 4. Aufl., Berlin 1913.
— Recht der Schuldverhältnisse, II. Bd., 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914.
Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen, I. Bd., 1. Aufl., 1899.
Ritter, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1910.
Ruetz, Fusion von Zentralgenossenschaften, Hamburg 1930.
Ruth, Eintritt und Austritt von Mitgliedern, Eine Studie zum Körperschaftsrecht. In Ztschr. f. d. ges. Handels- u. Konkursrecht, Bd. 88, S. 454 f.
Schmid, Rechtsnatur und Organisation der Zentralgenossenschaft, Diss. Erlangen, Oberviechtach, 1927.
Schmulewitz, Die Verwaltungsaktie, Berlin 1927.
Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 1899.
Scholz, Kommentar zum GmbH.Ges., Köln 1928.
Schultze, H. A., Fusion eingetragener Genossenschaften, in Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 26, 1927.
Schulze, Rudolf, Die Fusionsklausel in Interessengemeinschaftsverträgen, Diss. Halle 1930.
Schwede, Die Fusionsverpflichtung in Interessengemeinschaftsverträgen, im Berl. Tagebl. v. 28. September 1926, Nr. 457.
Seelmann-Eggebert, Die Systeme im neuzeitlichen deutschen Genossenschaftswesen. 2. Aufl. Stuttgart, 1927.

Silverberg, Die Bedeutung des § 212 HGB. für die moderne Industrieorganisation, in JW. 1912, S. 281.
Stammler, Unbestimmtheit des Rechtssubjektes, in Festschr. für die juristische Fakultät in Gießen, herausgegeben von Rheinhard Frank, Gießen 1907.
Staub (jüdischer Verfasser), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, bearbeitet von A. Pinner, 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1933.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, erläutert von Riezler, 10. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1936.
— Recht der Schuldverhältnisse, erläutert von Kober, Engelmann und Geiler, 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1929.
von Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, I. Bd. Leipzig 1910.
— II. Bd. 1. Hälfte, München und Leipzig 1914.
Ullmann, Die Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im ganzen (Fusion), München und Leipzig, 1915.
— Interessengemeinschaft und Fusion, in JW. 1927, S. 630 ff.
Wieland, Handelsrecht, II. Bd. in Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, III, 1, II, München und Leipzig 1931.
Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation, München 1908.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Auflage, Frankfurt a. M. 1906.
Wittmack, Findet § 311 BGB. auf Gesellschaften mbH. und Aktiengesellschaften Anwendung? in Zeitschr. für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Bd. 71, S. 107 ff.
Wolff, Eugen, Zur Auslegung des § 212 HGB., in JW. 1912, S. 517.
Wünschmann, Kann man sich zum Erwerbe eines Grundstücks formlos verpflichten? im Zentralbl. für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, 10. Jahrg., S. 15.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1900.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 7, 34; 7, 70; 9, 38; 18, 66; 28, 76; 35, 87; 49, 77; 50, 47; 57, 239; 57, 292; 62, 61; 64, 10; 65, 245; 67, 168; 68, 351; 68, 531; 69, 287; 74, 69; 76, 3; 82, 277; 83, 382; 85, 205; 92, 79; 97, 307; 109, 389; 119, 113; 120, 177; 124, 300; 125, 201; 133, 110; 137, 73; 149, 397. (RGZ.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bde. 2, 90; 4, 478; 9, 246; 10, 244; 11, 33; 11, 402; 19, 364; 22, 67; 27, 349; 27, 371; 43, 309 (OLG.).
Juristische Wochenschrift. 1905, 126; 1906, 39; 1909, 396; 1910, 242; 1912, 517; 1913, 127; 1914, 935; 1921, 1637; 1928, 2623; 1930, 2715; 1931, 668; 1931, 807; 1933, 112 (JW.).
Leipziger Zeitschrift. 1912, 667; 1914, 1642; 1914, 1714; 1917, 946 (LZ.).
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begründet von Paul Holdheim, Bde. 9, 210; 10, 138; 11, 236; 12, 197; 14, 17; 14, 160; 23, 267 (Holdheim).
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen, Bde. 14, 26; 14, 43; 19, 8; 21, 256; 24, 74; 29 A 162; 32 A 36; 32 A 159; 37 A 157; 37, 165; 47, 117 (KGJ.).
Sammlungen der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs, herausgegeben vom Reichsfinanzhof, Bde. 12, 86; 17, 249; 19, 195 (RFH.).
Zeitschrift des deutschen Genossenschaftsverbandes, 1926, 554. (BlfGen.).
Zeitschrift für Aktiengesellschaft und Gesellschaften mbH., herausgegeben von Bauer, Bd. 22, 10. (BaurZ.).
Höchstrichterliche Rechtsprechung, in Juristische Rundschau und Höchstrichterliche Rechtsprechung. 1930, Nr. 1048; 1930, Nr. 733; 1932, Nr. 260. (HRR.).

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. III, S. 336; Bd. 14, 366; 17, 46. (ROHG.).

Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, begründet von Soergel; 1910, Nr. 2492, 1914, Nr. 2752 ff. (Recht).

Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchs, herausgegeben vom Reichsjustizamt, Bde. 6, 192; 10, 199. (RJA.).

Deutsche Juristen-Zeitung, Bd. 10, S. 871. (DJZ.).

Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, 10. Jahrgang, S. 18. (ZFFG.).

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1921, S. 103. (BayZ.).

Sächsisches Archiv, Bd. 12, 726. (SächsArch.).

Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, Bd. 14, 224. (Z.Akt.W.).

Abkürzungen und Bezeichnungen.

AG.	=	Aktiengesellschaft.
EG.	=	Eingetragene Genossenschaft.
GmbH.	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
GV.	=	Generalversammlung.
ZG.	=	Zentralgenossenschaft, im Text auch genannt: Dachgenossenschaft, Obergenossenschaft, Zentrale, Verband oder Vereinigung.
RG.	=	Reichsgericht.
KG.	=	Kammergericht.
Motive	=	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 1888, Verlag von J. Guttentag.
Denkschrift	=	Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB. und eines EG. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897, Verlag J. Guttentag.

Die Bestimmungen des Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. 1. 1937 konnten in der Arbeit nicht mehr berücksichtigt werden.

I. Teil.

Wirtschaftliche und rechtliche Grundlagen.

§ 1.

Begriff und Arten der Zentralgenossenschaften.

Zentralgenossenschaften sind Dachgenossenschaften, deren Mitglieder meist Genossenschaften oder sonstige Vereinigungen und nur wenige Einzelpersonen sind. Die Zentralgenossenschaften (i. f. ZG. genannt) müssen sich also nicht wie einfache Genossenschaften nur aus Einzelpersonen zusammensetzen[1]). Für die in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft organisierten Dachverbände ergibt sich dieses aus den §§ 9 Abs. II und 43 Abs. IV GenGes. So heißt es in § 9 Abs. II GenGes.: „Gehören der Genossenschaft einzelne eingetragene Genossenschaften als Mitglieder an oder besteht die Genossenschaft ausschließlich aus solchen" und in § 43 Abs. IV GenGes.: „Die Genossen können das Stimmrecht nicht durch Bevollmächtigte ausüben. Diese Bestimmung findet auf Korporationen, Handelsgesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereinigungen keine Anwendung."

Wieviel Mitglieder Einzelpersonen sein können und wieviele Untervereinigungen sein müssen, läßt sich zahlenmäßig nicht bestimmen. Um einen Verband als ZG. ansehen zu können, ist es aber nötig, daß die Vereinigungen ausschlaggebend sind[2]). Die an die deutsche Zentralgenossenschaftskasse berichtenden ZG. sind folgendermaßen[3]) zusammengesetzt: Die ländlichen Zentralkassen haben 22 082 Mitglieder, von denen 348 Einzelmitglieder sind. Ähnlich ist das Verhältnis der Mitgliederzahl bei den gewerblichen Zentralkassen. Diese bestehen aus 1708 Mitgliedern, die Zahl der Einzelpersonen beträgt 32. Die Zahl der Einzelmitglieder stellt also bei den Zentralkassen nur einen geringen Bruchteil der Gesamtzahl dar. Anders ist die Zusammensetzung bei den ländlichen Warenzentralen. Hier beträgt die Gesamtmitgliederzahl 30 878 und die Zahl der Einzelmitglieder 11 066. Dieser hohe Anteil der Einzelmitglieder liegt hier darin begründet, daß die deutsche landwirtschaftliche Hauptgenossenschaft, Kornhaus Corbach unter 8884 Mitgliedern allein 8807 Einzelpersonen aufweist. Läßt man diese Genossenschaft unberücksichtigt,

1) RGZ. 60, S. 411; JW. 1931, S. 668; Meyer § 15, Anm. 1.
2) Schmid, S. 18.
3) Vgl. Jahrbuch des Reichsverbandes der deutschen landwirtschaftlichen Genossenschaften — Raiffeisen e. V., Berlin 1936 S. 34 und Jahrbuch des deutschen Genossenschaftsverbandes e. V. für 1934, Berlin 1935, S. I, II.

dann ist auch bei den ländlichen Warenzentralen der Anteil der Einzelpersonen an der Gesamtmitgliederzahl gering. Auch hier würden den 21994 Mitgliedern nur 2259 Einzelpersonen gegenüberstehen. Auch die Betrachtung der Zusammensetzung der einzelnen ZG. ergibt das gleiche Ergebnis. Von den ländlichen Zentralkassen besitzen 4 ZG, von den ländlichen Warenzentralen 3 ZG und von den gewerblichen Zentralkassen sogar 9 ZG überhaupt keine Einzelmitglieder. Die Anzahl der Einzelmitglieder ist also gering.

Die weitere Zusammensetzung der ZG ist sehr verschieden[4]). Wie bei den ZG. selbst herrschen auch bei den Untergenossenschaften die EG. vor. So bestehen alle gewerblichen Zentralkassen, die an die deutsche Zentralgenossenschaftskasse berichten, zusammen aus 46 Aktiengesellschaften und anderen Gesellschaftsformen[5]). Dem stehen 1630 EG. gegenüber. Ein ähnliches Verhältnis ergibt sich bei der Betrachtung der EG. im einzelnen. So besteht z. B. die Mitteldeutsche Zentralgenossenschaftsbank nur aus 92 EG.; A.G., G.m.b.H., andere Organisationsformen oder physische Personen sind bei ihr überhaupt nicht vorhanden. Ebenso verhält es sich bei der Landesgewerbekasse für Süddeutschland in Karlsruhe (158 EG.), bei der Westfälischen Genossenschaftsbank in Münster (47 EG.), der Zentralkasse Württemberg in Stuttgart (909 EG.). Der Edekabank in Berlin-Wilmersdorf sind 445 EG. und 2 physische Personen angeschlossen.

Unter Zentralgenossenschaften wollen wir nicht nur die in der Rechtsform der eingetragenen Wirtschaftsgenossenschaft organisierten Vereinigungen verstehen, sondern auch alle die, die eine andere Rechtsform besitzen und genossenschaftlichen Zielen dienen. Ihre Rechtsformen sind die G.m.b.H. und die A.G.; andere kommen kaum vor.

Sollte eine Dachgenossenschaft wirklich einmal die Form einer OHG. haben, so dient sie meist nur vorübergehenden Zwecken, um z. B. ein Privatunternehmen in die Hände einer Genossenschaft zu überführen.

Auch die kapitalistischen Formen, also GmbH. und AG., sind nicht häufig, werden aber von Reichszentralgenossenschaften besonders bevorzugt. Da die Provinzzentralen, die meist die Rechtsform der EG. wählen, bei weitem überwiegen, gibt es kapitalistisch organisierte Dachgenossenschaften natürlich viel weniger. Aus einer Zusammenstellung bei Bästlein[6]), die auf Grund einer Auskunft der Preußenkasse gemacht ist, ist zu entnehmen, daß die Verbände, die am 31. Dezember 1930 mit der Preußenkasse in Verbindung standen, folgende Rechtsformen besaßen: Bei den ländlichen Zentralkassen waren 27

4) Die folgenden statistischen Angaben sind dem Jahrbuch des deutschen Genossenschaftsverbandes entnommen.

5) Um welche Rechtsform es sich hier handelt, geht aus der Statistik im Jahrbuch nicht hervor, wahrscheinlich um GmbH.

6) S. 33.

als EG., keine als GmbH. und nur eine als A.G. organisiert, bei den ländlichen Warenzentralen 21 als EG., 5 als GmbH. und 3 als A.G.; bei den gewerblichen Zentralkassen 17 als EG., nur eine als GmbH. und 3 als A.G. Allein bei den konsumgenossenschaftlichen Geschäftszentralen war keine als EG. organisiert, aber auch nur eine als GmbH., desgleichen als A.G. Man erkennt hieraus, daß die EG. die unbedingt herrschende Rechstform war, die mit einer Gesamtzahl von 65 sich nur 7 als GmbH. und 8 als A.G. gegenüber sah.

Eine wesentliche Änderung dieses Ergebnisses ist in der Folgezeit nicht eingetreten. Nach einer erst kürzlich gegebenen Auskunft der Deutschen Zentralgenossenschaftskasse (früher Preußenkasse), besaßen die ZG., die am 1. April 1935 mit ihr in Verbindung standen, folgende Rechtsformen: Bei den ländlichen Zentralkassen waren 23 als EG., keine als GmbH. und eine als A.G. organisiert; bei den ländlichen Warenzentralen 19 als EG., 5 als GmbH. und 2 als A.G.; bei den gewerblichen Zentralkassen 14 als EG., von denen sich eine schon in Liquidation befindet, eine als GmbH. und 3 als A.G. organisiert. Von den konsumgenossenschaftlichen Geschäftszentralen gibt es nur noch eine, die in die Rechtsform der GmbH. gekleidet ist. Auch heute ist die EG. die unbedingt herrschende Rechtsform. Den 56 EG. stehen nur 7 GmbH. und 6 A.G. gegenüber. — Wenn man die beiden Aufstellungen im einzelnen betrachtet, findet man einen Rückgang der in der Rechtsform der EG. und der A.G. organisierten Verbände. So sind die EG. bei den ländlichen Zentralkassen um 4, bei den ländlichen Warenzentralen um 2, bei den gewerblichen Zentralkassen um 3, also im ganzen um 9 zurückgegangen. Während die Anzahl der in der Rechtsform der A.G. organisierten Verbände bei den ländlichen und bei den gewerblichen Zentralkassen gleichgeblieben ist, ist sie bei den ländlichen Warenzentralen und den konsumgenossenschaftlichen Geschäftszentralen um je eine zurückgegangen. Die Anzahl der GmbH. ist mit 7 die gleiche geblieben.

Der Grund dafür, daß die Rechtsformen der A.G. und GmbH. überhaupt für die ZG. gewählt werden, liegt darin, daß verschiedene Dachverbände mit dem allgemeinen Geldmarkt verkehren müssen und für diesen Haftsummen keine geeignete und gewohnte Sicherheit bei dritten Personen darstellen. Dies wird in der Zukunft um so mehr der Fall sein, als nach der grundlegenden Änderung des § 2 Gen.Ges.[7]) die Haftung der Genossen nur noch von dem Verband, nicht aber von Dritten geltend gemacht werden kann. Ein weiterer Grund ist der, daß zur Gewinnung einer sicheren Stellung ein Eigenkapital unentbehrlich ist. Dieser Gesichtspunkt wird bei Warenzentralgenossenschaften besondere Beachtung finden; denn ihr Geschäft bringt ein gewisses Risiko mit sich und benötigt zum Einkauf flüssiges Kapital. Beides

7) Ges. v. 20. Dez. 1933 (RGBl. 1089).

kann jedoch nicht durch die Haftpflicht ersetzt werden. Aber auch aus einem anderen Grunde wird gerade bei Reichszentralgenossenschaften die Form der EG. nicht geeignet sein. Die Mitgliederversammlung, die bei einer EG. das wichtigste Organ ist, tritt gewöhnlich nur einmal im Jahr zusammen. Sie wird daher an der Leitung eines so großen Unternehmens wie Reichszentralgenossenschaften wenig teilhaben können; hier liegt die Führung des Unternehmens in der Hauptsache beim Vorstand, dessen Geschäftsführung die Untergenossenschaften aber nur wenig überwachen können[8]). Deshalb geht die Tendenz dahin, daß die Rechtsform der Kapitalgesellschaften, bei denen das Risiko der Mitglieder auf ihre Kapitalbeteiligung beschränkt wird, „dann bevorzugt wird und bevorzugt werden muß, wenn es sich um Zentralen von größerem räumlichen oder sonstigem Umfang handelt"[9]). Anders liegt es bei solchen Zentralen, die diesen Umfang nicht haben. Von den ländlichen Zentralkassen hat die Sächsische Landwirtschaftsbank in Dresden, von den ländlichen Warenzentralen die Kaufstelle der landwirtschaftlichen Genossenschaften in Stuttgart und die Bayerische Warenvermittlung landwirtschaftlicher Genossenschaften in München und von den gewerblichen Zentralkassen die Landesgewerbekasse für Südwestdeutschland in Karlsruhe, die Hessische Handwerker-Zentralgenossenschaft in Darmstadt und die Bayerische Landesgewerbebank in München die Rechtsform der A.G. Als GmbH. sind bei den ländlichen Zentralkassen folgende organisiert: Die Haupthandelsgesellschaft ostpreußischer landwirtschaftlicher Genossenschaften in Königsberg, die landwirtschaftliche Warenzentrale der Grenzmarkgenossenschaften — Raiffeisen in Schneidemühl, die Landwirtschaftliche An- und Verkaufsgesellschaft „Hessenland" in Kassel und die Warenzentrale Rheinischer Bauern und Genossenschaften in Köln. Die einzige konsumgenossenschaftliche GmbH. ist die deutsche Großeinkaufsgesellschaft in Hamburg.

§ 2.

Die in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft organisierte Zentralgenossenschaft, insbesondere ihr Tätigkeitsbereich.

Soweit die Zentralgenossenschaften als EG. organisiert sind, müssen sie auch die Eigenschaften einer gewöhnlichen Genossenschaft haben. Deren drei wichtigste Eigenschaften sind der Förderungszweck, der gemeinschaftliche Geschäftsbetrieb und die demokratische Organisation.

Förderung der Genossen bedeutet, daß diese als Mitglieder der Vereinigung Vermögensvorteile durch die Benutzung der geschaffenen

8) Vgl. Bästlein, S. 54.
9) Seelmann-Eggebert, S. 162—164.

Einrichtung erlangen sollen, d. h. die Einzelmitglieder sollen durch Verminderung ihrer Ausgaben gefördert werden.

Hiermit steht das zweite Merkmal in engem Zusammenhang; denn der gemeinsame Geschäftsbetrieb bezweckt das Zusammenarbeiten der Einzelwirtschaft der Genossen mit der gemeinsamen Wirtschaft der Genossenschaft. Dieser ist erreicht, wenn die „Träger des genossenschaftlichen Betriebes zugleich dessen Benutzer sind“[10]). Wie bei der Einzelgenossenschaft die Einzelmitglieder sollen bei einer Zentralgenossenschaft insbesondere die Untervereinigungen gefördert werden. Der gemeinschaftliche Geschäftsbetrieb ist also das Mittel der Förderung.

Unter demokratischer Organisation ist das Hervortreten der Mitglieder und das gleichzeitige Zurücktreten des Kapitals zu verstehen. Das zeigt sich einmal in der in § 43 Gen.Ges. angeordneten Stimmrechtsverteilung. Danach steht jedem Mitglied einer Genossenschaft nur eine Stimme zu. Das Stimmrecht wird also nicht wie bei den Kapitalgesellschaften verteilt, bei denen die geldliche Beteiligung das Stimmrecht bestimmt. Durch diese Vorschrift soll verhindert werden, daß eine Minderheitsgruppe über die Mehrheit der Genossen herrschen kann. Ferner äußert sich die demokratische Organisation in dem Maßstab der Gewinnverteilung, den die Genossenschaft nach § 19 Gen.-Ges. in der Satzung frei aufstellen kann. Sie muß aber einen für alle Mitglieder gleichen Maßstab bestimmen.

Dieselben Merkmale wie bei der EG. müssen auch bei der ZG. vorhanden sein. Daher kann ein Unternehmen nur dann als ZG. angesehen werden, wenn es die Förderung seiner Genossen, also der Untergenossenschaften, bezweckt. Entspricht es aber auch dann noch der genossenschaftlichen Organisation, wenn der Dachverband unmittelbar mit den Mitgliedern der Untergenossenschaft verkehrt und ihnen die Vorteile aus seinem Bestehen verschafft? Diese Frage ist zu bejahen, weil die Errichtung von Genossenschaftszentralen nicht Selbstzweck[11]) ist. Auch die Zentralen wollen schließlich dem Wohle der einzelnen Genossen dienen. Es muß sich daher gleichbleiben, wenn die Obergenossenschaft, statt die Einzelgenossenschaft zu fördern, direkt den Mitgliedern die Vorteile zukommen läßt[12]).

Eine andere Frage ist die, welche Geschäfte die Obergenossenschaft betreiben kann. Unzweifelhaft alle solche, die die Untergenossen-

---

10) Bästlein, S. 14.

11) so RFH. 19, S. 195. = Bl. f.Gen. 1926, S. 554 und Bästlein, S. 26.

12) Wenn Meyer in „Eine eingetragene Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft als Mitglied einer anderen“, S. 29 ff. behauptet, die Obergenossenschaft wolle die Förderung der Untergenossenschaft, so ist das durchaus richtig; nur darf man nicht hierbei stehen bleiben und das letzte Ziel, die Förderung der Einzelnen außer Acht lassen. Denn auch dieses bezwecken die Zentralgenossenschaften.

schaften selbst betreiben. Denn Sinn des Zusammenschlusses von Untergenossenschaften zu Zentralgenossenschaften ist es ja gerade, dadurch Vorteile zu erzielen, daß die Zentralgenossenschaft z. B. durch den Einkauf in größeren Mengen noch billigere Preise erzielen kann, als eine Einzelgenossenschaft dazu imstande wäre. Sie tätigt also die Geschäfte, die vor dem Zusammenschluß die Einzelgenossenschaften besorgt haben.

Wie aber steht es, wenn die Obergenossenschaft Geschäfte vornimmt, die die Untergenossenschaften nicht ausführen können? Damit beschäftigt sich das Urteil des Reichsfinanzhofes in RFH. Bd. 19, S. 195. Hier handelt es sich um eine ZG., die in der Rechtsform der A.G. organisiert ist. Was für diese gilt, muß auch für die in der Rechtsform der EG. organisierte ZG. gelten. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die „Eigenhilfe", Feuer- und Sachversicherungs-A.G. ist von einer Großeinkaufsgesellschaft m.b.H. und 33 eingetragenen EG. gegründet worden. Das Unternehmen der „Eigenhilfe" ist gerichtet auf Feuer- und Einbruchsdiebstahl-Versicherung. Vor seiner Gründung stellten die Mitglieder der Konsumvereine nur durch Vermittelung ihrer Genossenschaften die Anträge auf Versicherung bei den verschiedensten Versicherungsgesellschaften. Die Genossenschaften selbst nahmen die Versicherungen nicht vor, da sie aus gesetzlichen Gründen dazu nicht in der Lage waren. Während das Finanzamt und das Finanzgericht der Ansicht waren, daß die Eigenhilfe keine Genossenschaftszentrale sei, weil die einzelnen Konsumvereine selbst keine Versicherungen übernehmen können, vertrat der RFH. den entgegengesetzten Standpunkt: Für die Auslegung des Begriffes der Zentralgenossenschaft stützt er sich auf den Aufbau des Deutschen Genossenschaftswesens. Die Zentralgenossenschaften seien, so führt er aus, Verbände, die im Interesse der Genossenschaften alle Tätigkeiten ausübten, welche auch den Gegenstand der Tätigkeit der einzelnen Genossenschaften bildeten, zu deren Ausführung aber die wirtschaftlichen Kräfte der einzelnen Genossenschaften nicht reichten oder denen die Ausführung satzungsmäßig oder gesetzlich nicht erlaubt sei. Die Untergenossenschaften, die hier Konsumvereine sind, wollen ihren Mitgliedern billige Lebensmittel und andere Gegenstände des Lebensbedarfs verschaffen. Aber auch die Versicherung dieser Gegenstände liegt in ihrem Interessenkreis. Sie ist jedoch einer EG., in deren Rechtsform die Einzelgenossenschaften organisiert sind, deswegen verboten, weil diese Rechtsform keine Gewähr für eine sichere Durchführung von Versicherungen bietet. Obwohl also gesetzliche Bestimmungen die Untergenossenschaft an ihrer Ausübung hindern, liegt die Tätigkeit dennoch in ihrem Interesse. Daher ist der Einwand, die Eigenhilfe sei deshalb keine Zentralgenossenschaft, weil sie eine andere Tätigkeit als ihre Untergenossenschaften ausführt, nicht durchschlagend.

§ 3.

Angleichung der kapitalistischen Unternehmungsformen an genossenschaftliche Grundsätze.

Aus den Ausführungen auf S. 4 ist zu ersehen, daß auch die als Kapitalgesellschaften organisierten ZG. genossenschaftliche Aufgaben erfüllen sollen und, wie man aus ihrem Bestehen entnehmen muß, dies auch wirklich tun. Gewöhnlich sind Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung einerseits und die Genossenschaften andererseits ganz verschiedene Gebilde. Während die Genossenschaften einen Zusammenschluß von Personen zur Selbsthilfe bezwecken, erstreben die andern vorwiegend eine Zusammenballung von Kapital. Während die Genossenschaften nur mit den Mitgliedern Geschäfte vornehmen wollen, wollen die anderen diese gerade mit solchen Personen machen, die nicht zur Vereinigung gehören. Während weiter bei einer Genossenschaft die Beteiligung für jeden gleich ist, richtet sie sich bei den anderen Unternehmungsformen nach dem eingebrachten Kapital. Um die genossenschaftlichen Zwecke erfüllen zu können, müssen die Kapitalgesellschaften durch ihre Satzungen der EG. angeglichen werden. Hierzu müssen die gerade für eine EG. charakteristischen Eigenschaften durch die Satzung geschaffen werden[13]).

Das Stimmrecht kann durch die Satzung in der Weise gestaltet werden, daß es jedem Aktionär nur eine Stimme gewährt. Obwohl dies bestritten ist, muß man mit der herrschenden Lehre[14]) eine Vorschrift, die eine Abstimmung in solcher Art vorschreibt, auch bei der A.G. für zulässig halten. Wenn in der Praxis derartige Bestimmungen fehlen, so liegt es wohl daran, daß bei den meisten Zentralgenossenschaften jeglicher Organisation alle Mitglieder ungefähr gleich viele Anteile haben.

Dem § 9 Abs. II GenGes. entsprechend bestimmen die Statuten vieler ZG., daß in den Vorstand und Aufsichtsrat nur Angehörige der ZG. oder der ihr angehörenden Untervereinigungen gewählt werden können. Diese Bestimmung könnte höchstens dann bei den Kapitalgesellschaften Bedenken erregen, wenn sie die Wahlfreiheit der Generalversammlung wesentlich beeinträchtigen würde[15]). Eine solche wesentliche Beeinträchtigung liegt aber nicht vor. Für die Generalversammlung gibt es genügende Möglichkeiten, aus der Menge der Mitglieder ihr zusagende und geeignete Vertreter zu wählen. Wenn es anerkanntermaßen[16]) zulässig erscheint, bestimmte Eigenschaften der zu wäh-

13) Die folgenden Ausführungen schließen sich ihrem wesentlichen Inhalt nach an Bästlein, S. 57 ff. an.

14) Bästlein, S. 59; Brand, § 252 Anm. 4a; Fischer S. 187.

15) Eine wesentliche Beeinträchtigung ist nach Staub, § 243 Anm. 4 nicht zulässig.

16) Staub, § 243 Anm. 2 d; RGZ. 83 S. 382; OLG. Naumburg in OLGR. 27, S. 349; Bay.OLG. in Bay.Z. 1921, S. 103.

lenden Mitglieder vorzuschreiben, so kann auch eine Beschränkung des Kreises der wählbaren Personen durch das Erfordernis der Zugehörigkeit zur ZG. oder zur Untergenossenschaft nicht unzulässig sein. Anders wäre es, wenn nur ganz bestimmte Personen gewählt werden dürfen. Dann würde die Beschränkung über das zulässige Maß hinaus gehen[17]).

Eine wichtige, dem Genossenschaftsrecht eigentümliche Bestimmung findet man oft in den Satzungen der ZG. — Diese lautet: Der Geschäftsbetrieb ist auf den Kreis der Mitglieder zu beschränken. Ist diese Bestimmung nicht besonders aufgenommen, so wird das Gleiche durch Angabe des Geschäftszweckes oder Geschäftsgegenstandes erreicht. Es wird also hiermit eine den Kapitalgesellschaften ganz besonders typische Eigenschaft, nämlich die Ausrichtung ihrer Geschäfte auf Nichtmitglieder, zugunsten des genossenschaftlichen Prinzips beseitigt.

In der gleichen Richtung liegt es, wenn kaum eine ZG. Tantiemen an die Aufsichtsratsmitglieder zahlt. Eine andere Regelung würde dem genossenschaftlichen Prinzip widersprechen. Außerdem würde der Aufsichtsrat in der Erfüllung seiner Überwachungspflicht durch die Gewinnaussichten beeinflußt werden können. Das wäre bei genossenschaftlichen Unternehmungen um so verderblicher, als es sich hier ganz besonders um wirtschaftliche Hilfeleistung für die Mitglieder handelt, die von der Mitgliedschaft eine Förderung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse erhoffen und nicht begüterten Kreisen angehören.

Auch die Beschränkung der Dividendenhöhe dient dazu, den Unternehmungsgewinn möglichst den Mitgliedern zukommen zu lassen. Die Mitglieder sollen statt des Bezugs aus der Dividende aus dem Bestehen des Unternehmens als solchem den Gewinn ziehen; denn kapitalistischer Nutzen widerspricht der Genossenschaft.

Um die enge Zusammengehörigkeit der Mitglieder wie bei der Genossenschaft zu wahren, bestimmen die Satzungen aller[18]) als Kapitalgesellschaften organisierten ZG., daß die Abtretung von Geschäftsanteilen oder von Namensaktien nur mit Genehmigung der Gesellschaft zulässig ist, was ja bei der GmbH nach § 15 Abs. 5 GmbH. Ges. und bei der A.G. nach § 222 Abs. II HGB. geschehen kann.

Viele Satzungen bestimmen ferner den Ausschluß von Mitgliedern, die nicht die von dem Statut auferlegten Pflichten erfüllen. So sehen sie ihren Ausschluß dann vor, wenn sie aus einem bestimmten Revisionsverband ausscheiden. Hiermit soll erreicht werden, daß die Mitglieder der Z.G. gleichzeitig Mitglieder des Verbandes sein sollen. Das

17) RGZ. 85, S. 382 OLG. Naumburg in OLG. 27 S. 349; Staub, § 245, Anm. 2d und Anm. 4; vgl. ferner Bay. OLG. in Bay Z. 1921, S. 105; KGJ. 32 A 36; Juneck in LZ. 1914 S. 1642; Obermeyer in LZ. 1917 S. 946; Brodmann, A.R. Anm. 2a.

18) Vgl. Bästlein, S. 62 zu e; Hildebrand S. 1495.

ist verständlich, weil eine Z.G. kein Interesse an einem Mitglied haben kann, das nicht der Kontrolle des Verbandes untersteht. Außerdem müssen ja jetzt alle Genossenschaften nach der Änderung des Genossenschaftsgesetzes vom 31. Oktober 1934 (RGBl. 1077) gemäß § 54 Gen.Ges. einem Verband angehören. Die Aufnahme einer Bestimmung in den Satzungen dürfte, sofern es sich um eine in der Rechtsform der EG. organisierte ZG. handelt, nicht mehr erforderlich sein. Besonders werden die ZG. dann ein Interesse haben, sich des Mitgliedes zu entledigen, wenn es wegen schlechter Geschäftsführung vom Verbande ausgeschlossen ist. Die Möglichkeit, sich eines Mitglieds zu entledigen, das nicht einem Revisionsverband angeschlossen ist, besteht für die GmbH. insofern, als sie die Einziehung von Geschäftsanteilen unter Berücksichtigung der §§ 30, 34 GmbH.Ges. zulassen kann. Diese Auffassung ist zwar nicht unbestritten. Doch entspricht die Zulässigkeit der Einziehung der individuellen Gestaltung der Mitgliederpflichten bei der GmbH. Aus dem kollektiven Prinzip, das diese Unternehmungsform sonst beherrscht, kann man keinen Grund gegen die Zulassung der Ausschließung folgern[19]). Denn gerade § 3 Abs. II GmbH.Ges., der den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegen läßt, bricht deutlich mit diesem Prinzip. Daher muß bei der GmbH. eine Ausschlußmöglichkeit durch die Satzung gegeben sein[20]).

Anders liegt es bei der A.G.: bei ihr besteht der Hauptwert des Unternehmens in der Kapitalvereinigung. Jedes Mitglied hat die ihm obliegende Kapitalleistung zu bewirken. Damit sind seine Pflichten im wesentlichen erfüllt[21]). Nur wegen der Nichterfüllung dieser Pflichten gestattet das Gesetz in den §§ 218 ff. HGB. die Ausschließung. Wollte man andere, in der Person der Aktionäre liegende Gründe ebenfalls als Ausschließungsgründe anerkennen, könnte die A.G. als Gesellschaft mit einer Verpflichtung zu beliebig wiederholbaren Nachschüssen errichtet werden oder durch ihre Satzung bestimmen, daß Aktionäre, die ihr nicht gefallen, ausscheiden müssen[22]). Eine solche einschneidende Vorschrift wäre aber vom Gesetz ausdrücklich getroffen worden. Dies ist nicht geschehen. Auch die Auslegung des § 227 HGB. in neuer Fassung, der die Einziehung von Aktien regelt, zwingt nicht zu dieser Annahme. Aus seinem ganzen Inhalt ergibt sich, daß das Gesetz jede Bevorzugung oder Benachteiligung eines Aktionärs vermeiden und alle gleich behandeln will. Es muß daher der Ausschluß entweder allen Aktionären einer bestimmten Gattung in gleicher Weise

---

19) a. A. OLG. Kiel in OLG. Bd. 19, S. 364.

20) so auch Feine, S. 462 und Hachenburg, § 3 Anm. 32; vgl. auch RG. in JW. 1928 S. 2623.

21) Staub, § 227, Anm. 3 und OLG. 27, S. 371.

22) so auch OLG. Karlsruhe in OLG. 43, S. 309; Staub, § 227, Anm. 3.

drohen[23]). Folglich ist bei der A.G. die Einführung einer Kündigung für den Fall nicht möglich[24]), daß ein Mitglied eine bestimmte Bedingung, nämlich das Verbleiben in einem Revisionsverband, nicht erfüllt.

Als ein typisches genossenschaftliches Merkmal ist es ferner anzusehen, wenn den Mitgliedern Nebenleistungen auferlegt werden. Daß die Satzungen der Genossenschaften die Mitglieder zu Sachleistungen jeder Art verpflichten können, ergibt sich aus der eigentümlichen Verknüpfung der Wirtschaft der Mitglieder mit der gemeinsamen Wirtschaft. Bei der GmbH. kann die Satzung nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 3 Abs. II GmbH.Ges. Nebenleistungen jedweder Art auferlegen. Gerade hierdurch kann die GmbH. Zwecken dienstbar gemacht werden, die gewöhnlich mit Personalgesellschaften verfolgt werden.

Diese Beweglichkeit hat dagegen die A.G. nicht ohne weiteres. Bei ihr sind Nebenleistungen, die nicht in Geld gewährt werden, nur in den Grenzen des § 212 HGB. möglich. Diese Vorschrift läßt solche Nebenleistungen nur zu, sofern die Übertragung der Anteilsrechte an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Da, wie oben (S. 19) ausgeführt war, auch für die Übertragung der Anteilsrechte meist die Bindung an die Zustimmung der Gesellschafter besteht, können den Aktionären Verpflichtungen zu wiederkehrenden nicht in Geld bestehenden Leistungen in den meisten Fällen auferlegt werden. Hierbei erhebt sich die gerade für die genossenschaftlichen Verhältnisse wichtige Frage, ob unter die im § 212 HGB. fallenden Verpflichtungen auch die Verpflichtung fällt, Waren entgeltlich von der Dachgesellschaft zu beziehen. Wenn Wolff[25]) behauptet, daß der Gesetzgeber nur ganz bestimmte Produktionszweige berücksichtigen wolle und daher die Vorschrift einschränkend auszulegen sei, wie aus der Entstehungsgeschichte hervorgehe, so ist das aus dem Zweck und aus dem Wortlaut des Gesetzes keinesfalls zu entnehmen. Weder Zweck noch Wortlaut zwingen dazu, die von Wolff aus § 211 HGB. für gesetzwidrig gehaltenen mittelbaren Geldleistungen nicht zulassen zu wollen. Gerade bei den als A.G. organisierten Dachgesellschaften besteht das Bedürfnis zur Aufbürdung solcher Verpflichtungen[26]). Man muß daher auch bei der A.G. eine Verpflichtung zum Bezug von Waren gegen Entgelt für möglich halten.

Schließlich müssen die Kapitalgesellschaften, wenn sie für Z.G. verwendbar sein sollen, auch in ihrem finanziellen Aufbau den Erfordernissen einer Genossenschaft durch den Ausbau ihrer Verfassung an

23) Wieland, II. Bd., S. 176 Anm. 10; Staub, § 227, Anm. 3 (Ende).

24) Staub, § 227, Anm. 3; RGZ. 49, 77; KG. in OLG. 27 S. 371; auch neuerdings RG. in JW. 1928, S. 2625; ferner RG. 120, S. 177.

25) in JW. 1912, S. 517.

26) Silverberg in JW. 1912, S. 281.

gepaßt werden. Während sich der Mitgliederbestand bei der EG. dauernd verändert, steht die Mitgliederzahl bei den kapitalistischen Unternehmungen fest. Ferner muß bei den Kapitalgesellschaften ¼ des Nennbetrages der Geschäftsanteile vor der Registereintragung gezahlt sein. Wegen dieser beiden Eigenschaften ist die Form der A.G. und der GmbH. bei den Untergenossenschaften nicht ohne weiteres zu gebrauchen; denn die einzelnen Genossen können hier nicht, wie bei der EG. ihre Einzahlungen in Abständen und nicht in Raten leisten; ferner können nicht jederzeit neue Genossen beitreten.

Aus denselben Gründen würden die kapitalistischen Rechtsformen für Zentralgenossenschaften nicht brauchbar sein. Auch hier würde der Ausweg, nämlich eine dem Vorstand durch die Generalversammlung bei einer Kapitalerhöhung erteilte Ermächtigung, die geschaffenen Anteile nach und nach an demnächst beitretende Mitglieder auszugeben, nicht gangbar sein. Höhe der Anteile und Zeitpunkt der Zuteilung kann von der Generalversammlung aber nicht allein vom Vorstand und Aufsichtsrat bestimmt werden[27]). Dennoch überwindet man in der Praxis beide Schwierigkeiten, indem entweder die größeren Zentralgenossenschaften oder sonstige Verbände bei der Gründung oder bei der Erhöhung des Kapitales der in Frage kommenden Zentralgenossenschaft Anteile übernehmen, um sie späterhin an künftige Mitglieder abtreten zu können. Bei der A.G. geschieht das durch Überlassung von Aktien und bei der GmbH. durch Abtretung von Teilen der Geschäftsanteile, die ja nach § 17 GmbH.-Gesetz zulässig ist.

Durch alle diese Bestimmungen können also Kapitalgesellschaften, insbesondere die GmbH., genossenschaftlich ausgestaltet und daher auch für die Zwecke einer ZG. verwendet werden.

§ 4.

Verschmelzung in den gesetzlich geregelten Fällen.

I. Begriff der Verschmelzung.

Nach dem Sprachgebrauch ist eine Verschmelzung die Vereinigung zweier oder mehrerer Verbände zu einem einheitlichen Ganzen, so daß die einheitliche Organisation ein neues Gebilde ergibt. Diese Begriffsbestimmung dürfte jedoch zu weit sein. Sie geht nämlich nur vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus, ohne die wesentlichen rechtlichen Merkmale zu enthalten. Neben der wirtschaftlichen Einheit muß zunächst die rechtliche hergestellt werden. Wenn dann die Fusion als die Zusammenfügung mehrerer Unternehmen zu einer wirtschaftlichen und rechtlichen Einheit angesehen wird, ist diese Begriffsbestimmung ebenfalls wirtschaftlich brauchbar. Unter Herstellung der rechtlichen

27) Schmulewitz, Verwaltungsaktie, S. 27; Staub, § 278 Anm. 9a; Holdheim 9, S. 210; KGJ. 14, S. 26.

Einheit ist der Übergang der Aktien des einen Verbandes in das Eigentum des anderen zu verstehen, wodurch der untergehende Verband völlig aufgesogen wird. Hierin ist jedoch noch nicht der wesentlichste rechtliche Gesichtspunkt enthalten. Zu der wirtschaftlichen und rechtlichen Einheit muß die Gewährung von Anteilsrechten des aufnehmenden Verbandes an die Mitglieder des aufzunehmenden Verbandes hinzukommen. Hierdurch unterscheidet sich die Fusion erst von andern Vereinigungsformen. Im Gesetz ist der Begriff der Fusion nicht festgelegt. Nur die in den §§ 93a ff. Gen.Ges. und § 306 HGB. geregelten Fälle geben uns Aufschluß über das, was der Gesetzgeber unter Fusion verstehen will. Die dort als Fusionspartner aufgeführten Verbände bilden Organisationsformen, in die auch Zentralgenossenschaften gekleidet sein können.

II. Verschmelzung der in der Rechtsform der EG. organisierten Zentralgenossenschaften.

Die für die Zentralgenossenschaften wichtigste und am meisten bevorzugte Art der Verschmelzung ist die in den §§ 93a -d Gen.Ges. geregelte Verschmelzung von eingetragenen Genossenschaften. Da diese mit den sich aus ihr ergebenden Streitfragen schon eingehend[28]) behandelt ist, sollen nur die wichtigsten Punkte herausgehoben werden, die die Richtung geben sollen für die eigentliche Aufgabe: die Verschmelzung von ungleichartig organisierten Unternehmen und der Gesellschaften mit beschränkter Haftung darzustellen, für die gesetzliche Vorschriften ja fehlen[29]).

Die §§ 93a ff. Gen.Ges. regeln nur die Verschmelzung der in der Rechtsform der EG. organisierten Verbände. Hier kann es sich sowohl bei der aufzulösenden als bei der aufnehmenden um eine Genossenschaft mit beschränkter oder mit unbeschränkter Haftung handeln. Jedoch müssen die Partner der Verschmelzung immer dieselbe Rechtsform haben. So kommen z. B. die Verschmelzungsvorschriften nur dann zur Anwendung, wenn Zentralgenossenschaften sich verschmelzen wollen, die beide als Genossenschaften mit beschränkter Haftung organisiert sind. Daran wird auch die Neuregelung der Inanspruchnahme der Genossen in § 2 Gen.Ges. nichts ändern. Während früher sowohl die Genossenschaft als die Gläubiger ihre Forderungen bei beschränkter und unbeschränkter Haftpflicht gegen die Genossen geltend machen konnten, ist jetzt nur noch die Genossenschaft dazu imstande und zwar in beschränktem oder unbeschränktem Umfang. Für die Genossen bleibt das aber insofern gleich, als sie letzten Endes doch ihre Verbindlichkeiten erfüllen müssen. Für Zentralgenossenschaften wurde

28) Vgl. H. A. Schulze und Ruetz.
29) Vgl. hierüber § 5.

bisher ganz überwiegend die beschränkte Haftung gewählt[30]), weil die Untervereinigungen wegen der aus der Größe und Ausdehnung folgenden Unübersichtlichkeit des obergenossenschaftlichen Betriebes nur beschränkt haften wollten. Daß es sich um ZG., also nicht um einfache Genossenschaften handelt, die im vorliegenden Fall Partner der Verschmelzung sind, schließt nicht etwa die Anwendbarkeit der Verschmelzungsvorschriften aus. Die sich ergebenden Unterschiede wirken sich nur in der Zusammensetzung des Vorstandes und der Generalversammlung aus.

Zur Verschmelzung sind nach § 93 a GenGes. zunächst die Beschlüsse der Generalversammlungen der beiden in Betracht kommenden Genossenschaften erforderlich. Während die Genossen bei der einfachen Genossenschaft ihr Stimmrecht nicht durch Bevollmächtigte ausüben können, ist dies bei der ZG. insofern möglich, als die Genossen hier zum großen Teil aus Korporationen, Handelsgesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereinigungen bestehen (§ 43 IV GenGes.). Die beschlossene Verschmelzung ist dann durch die beiden Vorstände ohne Verzug bei dem Genossenschaftsregister des Sitzes der beiden Genossenschaften anzumelden. Eine Möglichkeit des Zwanges zur Anmeldung besteht nach § 160 für das Gericht nicht, so daß die Wirkungen des Verschmelzungsbeschlusses noch von dem Vorstand verhindert werden können; denn die Wirkungen knüpfen sich an die Eintragung in das Genossenschaftsregister des Sitzes der aufgelösten Genossenschaft, die nur nach Beobachtung der bei der Anmeldung zu beachtenden Formalitäten zu erfolgen hat (§ 93 a GenGes.).

Mit der Eintragung tritt die vermögensrechtliche Wirkung ein, daß der Übergang des Vermögens und der Schulden auf die übernehmende Genossenschaft als erfolgt gilt. Es bedarf also weder der einzelnen Übertragungsakte zum Übergang der Vermögensstücke noch einer Schuldübernahme. Zum Schutze der Gläubiger ist die einjährige getrennte Verwaltung des Vermögens der übernommenen Genossenschaft angeordnet. Während dieser Zeit sind die zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufgeforderten Gläubiger zu befriedigen. Für die Durchführung dieser Vorschriften sind die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats der übernehmenden Genossenschaft verantwortlich.

Mit dem Übergang des Vermögens geht die aufzulösende Genossenschaft unter. Es ist also nicht wie sonst ein Beschluß der Generalversammlung mit Dreiviertelmehrheit erforderlich. Dieser wird ersetzt durch den oben angeführten Verschmelzungsbeschluß.

Wie der Übergang des Vermögens und der Eintritt der Auflösung erfolgt auch der Übergang der Mitgliedschaft mit der Eintragung der

30) Wie aus dem Jahrbuch des Reichsverbandes der deutschen landwirtschaftlichen Genossenschaften und dem Jahrbuch des deutschen Genossenschaftsverbandes zu entnehmen ist, haben jetzt sämtliche ZG., sofern sie als EG. organisiert sind, die Rechtsform der eGmbH.

Verschmelzung in das Register. Mit ihr gelten die Mitglieder der aufgelösten Genossenschaft als Mitglieder der übernehmenden.

Da der Verschmelzungsbeschluß nur mit einer Mehrheit von Dreivierteilen gefaßt sein muß, können Mitglieder überstimmt und gegen ihren Willen den Wirkungen dieses Beschlusses unterworfen werden. Um das zu vermeiden, gibt das Gesetz den Mitgliedern der aufzulösenden Genossenschaft die Möglichkeit, ihren Austritt aus der Übernehmerin zu erklären. Dieser muß innerhalb von drei Monaten seit Benachrichtigung der Mitglieder geschehen sein.

III. Verschmelzung der in der Rechtsform der Aktiengesellschaft organisierten Zentralgenossenschaften.

Die Verschmelzung zweier als A.G. organisierter Zentralgenossenschaften regelt § 306 HGB. Hier gelten bezüglich des Überganges des Vermögens und der Schulden und für den Eintritt der Auflösung die entsprechenden Vorschriften wie für die Verschmelzung zweier Genossenschaften. Die Bestimmungen über den Übergang der Mitgliedschaft fehlen. Dies erklärt sich daraus, daß bei der A.G. als einer Kapitalgesellschaft der Übergang der Mitgliedschaft sich durch die Gewährung von Aktien an die Mitglieder der aufgelösten Gesellschaft vollzieht.

II. Teil.

Verschmelzung in den gesetzlich nicht geregelten Fällen.

A.

§ 5.

Entsprechende Anwendung des § 306 HGB. und ausdehnende Auslegung des § 80 GmbH.Ges.

Eine Zentralgenossenschaft kann, wie oben in § 1 ausgeführt ist, auch als GmbH. organisiert sein. Das Gesetz gibt für die Verschmelzung zweier in dieser Gesellschaftsform errichteter Verbände keine Vorschriften. Ebenso ist es, wenn ungleichartig organisierte Verbände verschmolzen werden sollen. Dieser Fall kommt oft vor, da ja die Partner der Verschmelzung nicht immer dieselbe Rechtsform haben, wie dies in den bisher behandelten Fällen[31]) vom Gesetz verlangt wurde. So kann eine in der Rechtsform der EG. errichtete ZG. sich mit einer in der Rechtsform der A.G. oder der GmbH. organisierten verschmelzen wollen. Hierbei kann diese ZG. sowohl den auflösenden als auch den aufnehmenden Verband darstellen. Ebenso kann dies bei der ZG. der Fall sein, die als AG. oder als GmbH. organisiert ist.

I. Entsprechende Anwendung des § 306 HGB. bei der Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und ungleichartig organisierten Verbänden.

Neuerdings ist darüber Streit entstanden, ob die gesetzliche Bestimmung des § 306 HGB. entsprechend auf gleichartige Fälle, also auf Fälle der Verschmelzung der verschieden organisierten Verbände anzuwenden ist. Das Kammergericht hat dies bejaht. Zwar erklärt es die §§ 304, 306 HGB. für Ausnahmevorschriften gegenüber dem allgemeinen Rechtssatz, daß die ihre bisherige juristische Persönlichkeit aufgebende Handelsgesellschaft liquidiert werden müsse. Deshalb seien auch vom Gesetzgeber dafür, daß keine Liquidation stattzufinden brauche, eine Reihe von Schutzvorschriften im Interesse der Gläubiger der aufzulösenden Gesellschaft gegeben, wie die Einhaltung eines Sperrjahres, getrennte Vermögensverwaltung innerhalb dieses Jahres und die persönliche Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates der übernehmenden Gesellschaft. Andererseits hält das Kammergericht die §§ 304, 306 HGB. für solche Vorschriften, die nicht nur auf einen besonderen Fall abgestellt sind, vielmehr einen allgemeinen Rechtsgedanken enthalten. Daher seien die Bestimmungen auf gleich gelagerte Fälle anzuwenden. In dieser Erkenntnis hat dann das Kammer-

31) vgl. § 4, II, III.

gericht auch in KGJ. 47, S. 117 die Ausdehnung des § 304 HGB. für den Übergang eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit auf eine sich als kommunale Anstalt darstellende juristische Person bejaht, desgleichen die Ausdehnung des § 306 HGB. auf die Verschmelzung von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung[32]). Hierbei macht das Kammergericht keinen Unterschied, welche der beiden Gesellschaften jeweils die aufzulösende und welche die aufnehmende ist.

Demgegenüber sieht das RG.[33]) in den Vorschriften der §§ 304, 306 HGB. keinen allgemeinen Rechtsgedanken. Es begründet seine Ansicht folgendermaßen: Schon innerhalb des Aktienrechts hätten die §§ 304, 306 HGB. mit der in ihnen vorgesehenen Gesamtrechtsnachfolge eine besondere Bedeutung, die aus dem Rahmen der Vorschriften über die Verwertung des Vermögens einer sich auflösenden A.G. herausfielen. Auch das sonstige bürgerliche Recht kenne, abgesehen von der Erbfolge, eine Gesamtrechtsnachfolge nur in ganz wenigen Fällen, die ohne Bedenken als Ausnahmeerscheinungen anzusehen seien. Die Vorschriften in den §§ 304, 306 seien positive Rechtssätze, die nicht einmal im Wesen der A.G. eine zwingende Entstehungsursache hätten. Umsomehr müsse es bedenklich erscheinen, aus ihnen einen Rechtsgedanken von allgemeiner Gültigkeit abzuleiten. Dieser könne wenigstens nicht in der Übertragung des Vermögens im ganzen beruhen, da § 303 HGB. für deren regelmäßige Form keine Gesamtrechtsnachfolge vorsehe. Das RG. sieht weiter in der Tatsache, daß für das Vermögen der erlöschenden Gesellschaft Aktien der übernehmenden gewährt werden, keinen Grund für die Gesamtrechtsnachfolge. Es behauptet ferner, daß auch die für die §§ 304, 306 eigenartige konstitutive Wirkung der Eintragung des Fusionsbeschlusses ins Handelsregister, nämlich der Übergang des Vermögens und der Schulden, eine Ausnahmeerscheinung darstelle, die nicht verallgemeinert werden dürfe. Dem ist in allem zuzustimmen.

Daß die §§ 304, 306 HGB. wirklich keinen allgemeinen Gedanken enthalten, beweist schließlich der Gesetzgeber selbst dadurch, daß er eine Reihe entsprechender Vorschriften für die Genossenschaft ausdrücklich in das Genossenschaftsgesetz (§§ 93 a—d) aufnehmen ließ. Er hat so mit Rücksicht auf die rechtliche Eigenart der Genossenschaft Sonderbestimmungen für erforderlich erachtet.

Für diese Ansicht spricht ferner die Erwägung, daß die A.G., G.m.b.H. und EG. erhebliche rechtliche Verschiedenheiten aufweisen. Daher sind die für die Verschmelzung der A.G. untereinander gegebenen Vorschriften auf die beiden anderen beim Fehlen einer besonderen gesetzlichen Anordnung nicht anzuwenden[34]).

32) KG. in JW. 1930, S. 2715.
33) Bd. 133, S. 110 und RG. in HRR. 1930, Nr. 733.
34) KG. in HRR. 1932, Nr. 260.

Angesichts dieser Feststellung können Zweckmäßigkeitserwägungen, die eine entsprechende Anwendung der §§ 304, 306 HGB. forderten, keine Beachtung finden. Hier kann man nicht, wie das Kammergericht[35]) will, der Rechtsähnlichkeit der Lage im einzelnen Fall mit der der §§ 304, 306 HGB. Rechnung tragen. Dazu ist auch keine Veranlassung bei der dem Kammergericht vorliegenden Sachlage gegeben, mag es sich auch in diesem besonderen Fall um einen erlöschenden Versicherungsverein handeln, der sich mit einer inländischen Kommunalanstalt verschmelzen will. Wenn auch § 304 HGB. den Ausschluß der Liquidation zuläßt, sofern das Vermögen durch das Reich, einen Bundesstaat usw. übernommen wird, kann man daraus nicht den allgemeinen Rechtsgedanken herleiten, daß dies bei der Übernahme durch jedes vertrauenswürdige Unternehmen wie eine Kommunalanstalt der Fall sein soll.

II. Ausdehnende Auslegung des § 80 G.m.b.H. Ges. zum Zwecke der Verschmelzung von Aktiengesellschaften mit Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Wenn auch die vom Gesetzgeber gegebenen Verschmelzungsvorschriften nicht entsprechend angewandt werden dürfen und daher nicht alle hier interessierenden Fälle der Verschmelzung von ZG. erfassen können, so ist doch zu untersuchen, ob nicht die ausdehnende Auslegung der §§ 80, 81 G.m.b.H. Ges. wenigstens die Verschmelzung einer AG. mit einer bereits bestehenden G.m.b.H. ermöglicht.

§ 80 G.m.b.H. Ges. regelt die Auflösung einer AG. zum Zwecke der Umwandlung in eine G.m.b.H. ohne Liquidation und bestimmt hinsichtlich der Errichtung der neuen Gesellschaft verschiedene Schutzvorschriften. In Theorie[36]) und Rechtsprechung[37]) besteht überwiegend die Ansicht, aus dem Inhalt der Bestimmungen gehe hervor, daß zu ihrer Anwendung die Errichtung einer neuen Gesellschaft erforderlich sei.

Demgegenüber hält es Hachenburg[38]) für möglich und für wirtschaftlich nötig, gegebenenfalls auch eine bereits bestehende G.m.b.H. zu verwenden. Er begründet seine Ansicht damit, daß die G.m.b.H. auch unter Beteiligung fremder Personen und durch Erhöhung des Stammkapitals zur Entstehung kommen könne. Was er daraus herleiten will, ist nicht zu ersehen. Auch seine weiteren Ausführungen

35) KG. in KGJ. 47, S. 117 ff.

36) Brodmann, GmbH.Ges. § 80, Anm. 1; Hachenburg, § 80, A. 1, 18; Liebmann-Saenger, GmbH.Ges. § 80, Anm. 1 und HRR. 1930, Nr. 1048.

37) RGZ. 64, S. 10; KGJ. 37, A 157 und 19, S. 10; insbesondere OLG. 22 Seite 24.

38) § 80 Anm. 34.

geben darüber keinen Aufschluß. Diese haben folgenden Inhalt: Die fremden Personen könnten außer Geld Sachen sowie Geschäftsanteile einer bestehenden GmbH. einlegen. Da die bestehende GmbH. dann aufgelöst, ihr Vermögen auf die neue GmbH. übertragen und ihre Firma von dieser übernommen werden könne, so sei auf einem Umwege der Übergang der AG. auch in eine bestehende GmbH. gegeben. Was aber auf Umwegen geschehen könne, müsse auch unmittelbar zulässig sein. Nur müßten die besonderen Vorschriften des Umwandlungsprozesses beachtet werden. Der Beschluß, die AG. in die bestehende GmbH. umzuwandeln, müsse mit dem Auflösungsbeschluß verbunden werden. Das Stammkapital der GmbH. müsse dem Grundkapital wenigstens gleichkommen. Die alten Aktionäre müßten sich mit so viel Aktien als sie mindestens $^3/_4$ des Grundkapitals der AG. darstellen, bei der GmbH. beteiligen. Die Zuteilung der GmbH. Anteile könne durch Erhöhung des Stammkapitals der bestehenden GmbH. ermöglicht werden. Die Eintragung dieser Erhöhung entspreche der Eintragung der neu errichteten GmbH. ins Handelsregister. Hiermit gehe das Vermögen der AG. auf die GmbH. über. Wenn auch dieser Vorgang zu einer Fusion zwischen der AG. und der GmbH. führe und das Gesetz eine solche zwischen zwei GmbH. entsprechend der zweier AG. nicht geregelt habe, so schließe das nicht aus, daß die Bestimmungen über die Umwandlung der AG. in die GmbH. die Verschmelzung zwischen diesen beiden Gesellschaftsformen ermöglichen. Hieran könne auch der Wortlaut des § 80 GmbH. Ges. nichts ändern.

Bei diesen Umgehungsversuchen ist aber zunächst unklar, wie das nicht liquidierte Vermögen einer bestehenden GmbH. bei der Errichtung der neuen Gesellschaft auf diese übertragen werden soll[39]). Durch die Einbringung von Geschäftsanteilen der bestehenden GmbH. kann allerdings ihr gesamtes Vermögen erfaßt werden. Jedoch die wichtigste Folge der Vermögensübertragung tritt nicht ein. Die Verbindlichkeiten der bestehenden GmbH. werden nicht solche der neuen Gesellschaft.

Ein weiteres Bedenken hat das Kammergericht[40]) darin gesehen, daß zur Verschmelzung zweier juristischer Personen gemäß der §§ 305, 306 HGB. deren beider Wille erforderlich, hier aber nur der Wille der aufgelösten AG. zum Ausdruck gekommen ist. Nur ein solcher ist nach § 80 GmbH. Ges. erforderlich und möglich, weil das andere Rechtssubjekt noch gar nicht besteht. Dieses Bedenken wird jedoch dadurch ausgeschaltet, daß eine Erhöhung des Stammkapitals der aufnehmenden GmbH. erfolgen muß, um den Aktionären mindestens eine Beteiligung von Dreivierteilen des Grundkapitals zu ge-

39) KG. in JW. 1930, S. 2715.
40) in JW. 1930, S. 2715.

währen[41]). Dadurch wird die Zustimmung zur Aufnahme ersetzt. Daß man eine Zustimmung zur Erhöhung gleichzeitig als eine solche zur Aufnahme von Mitgliedern ansehen kann, ergibt sich aus der Erwägung, daß der Beschluß in diesem Falle gewöhnlich anordnen wird, wem die neuen Geschäftsanteile zugeteilt werden, wenn dies auch nicht erforderlich ist. Die Gesellschafter wissen also schon bei der Beschlußfassung, wer die Anteile erhalten soll und können so durch Ablehnung des Beschlusses auch die Aufnahme der Aktionäre vereiteln. Tun sie das nicht, ist ihre Zustimmung zur Aufnahme neuer Mitglieder anzunehmen.

Ein anderes wichtiges Bedenken des KG. ist aber durchschlagend. Bei der Auflösung zum Zwecke des Überganges in eine bestehende GmbH. könnten die Gläubiger der aufzulösenden Gesellschaft durch die Verbindlichkeiten der bestehenden GmbH. gefährdet werden. Dieser auch bei der Fusion von Aktiengesellschaften ohne Liquidation drohenden Gefahr begegnet § 306 HGB. durch besondere Schutzvorschriften über getrennte Verwaltung des Vermögens und Haftung zugunsten der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft. In § 80 GmbH. Ges. dagegen war die Einführung derartiger Schutzvorschriften nicht erforderlich, da die aufnehmende Gesellschaft erst neu gegründet werden soll und noch nicht mit Schulden belastet sein kann. Auch insofern ist kein weiterer Schutz getroffen, als die aufnehmende Gesellschaft ihren wirtschaftlichen Grundlagen und dem Kreise ihrer Mitglieder entsprechend im wesentlichen die bisherigen Geschäfte der alten Gesellschaft fortführt[42]). Eine Anwendung der Schutzvorschriften des § 306 HGB. auf § 80 GmbH. Ges. wäre völlig abwegig und durch nichts zu rechtfertigen. Denn hätte der Gesetzgeber das gewollt, hätte er es zum Ausdruck gebracht. Es bestand aber dazu, wie schon ausgeführt, bei einer neu entstehenden Gesellschaft gar kein Anlaß.

Es ist daher nicht möglich, die §§ 80 81 GmbH. Ges. auf die Auflösung einer AG. zwecks gesamtrechtlichen Übergangs in eine bestehende GmbH. auszudehnen[43]).

B.

Übertragung des Vermögens.

Allgemeines.

Da die Verschmelzung der verschieden organisierten Zentralgenossenschaften durch unmittelbare Anwendung gesetzlicher Vorschriften

41) Hachenburg, § 80, Anm. 34.

42) vgl. RG. in JW. 1930, S. 2716; KGJ. 37, A. 158; Hachenburg, § 80, Anm. 36 u. 37.

43) KG. in JW. 1930, S. 2716; RGZ. 64, S. 10; KGJ. 19, S. 10 u. 37 A. S. 157; OLG. 9, S. 246 u. 22 S. 24; RFH. 17, 249; Brodmann, § 80 Anm. 1; Feine, § 51, 4b; Scholz, § 80 A XII Merzbacher-Krakenberger, § 80 A 1 u. 11; Eisner, S. 49.

nicht zu erreichen ist, muß man versuchen, durch vertragliche Abmachungen ihre Wirkungen zu erzielen.

Diese vertraglichen Abmachungen zwischen den Verbänden haben trotz der verschiedenen Organisation viel Gemeinsames. Daher können sie zusammen behandelt werden. Soweit sich für die einzelnen Verbände Verschiedenheiten ergeben, werden sie erwähnt.

Aus den in § 4 II und III behandelten Verschmelzungsvorschriften ergeben sich folgende Hauptziele zur Erreichung der Verschmelzung.

1. Übertragung des Vermögens des aufgelösten Verbandes auf den übernehmenden Verband.
2. Schutz der durch den Vermögensübergang betroffenen Gläubiger.
3. Gewährung von Mitgliedschaftsrechten an die Mitglieder des aufgelösten Unternehmens.
4. Schutz der durch die Mitgliedschaftsveränderungen betroffenen ehemaligen Mitglieder des aufgelösten Unternehmens.

§ 6.

Der Übertragungsvertrag.

I. Vertragsabschluß.

Um die Vermögensübertragung zu erreichen, muß das Ziel der Abmachungen der Vertreter der Verbände sein, den Übergang des Vermögens gegen Gewährung von Mitgliederrechten zu ermöglichen. Die Vertreter der übertragenden Vereinigung werden hierzu eine Verpflichtung zur Übertragung des Vermögens eingehen. Sie werden also mit den Vertretern der aufnehmenden Vereinigung einen Vertrag gemäß[44]) § 419 BGB. schließen. Durch diesen wird die übertragende Vereinigung verpflichtet, ihr Vermögen zu übertragen, die übernehmende, es zu übernehmen. Unter das Vermögen fallen hier nur die Aktiva[45]).

Dieser Vertrag soll abgeschlossen werden, solange der übertragende Verband noch ein werbender ist; denn nur dann entspricht er dem Verschmelzungsvertrage bei der eigentlichen Fusion. Nun liegt aber die Möglichkeit, einen solchen Vertrag zu schließen, nicht in der Vertretungsmacht des Vertreters des übertragenden Verbandes. Bei der AG. ist nämlich zur Wirksamkeit des Vertrages nach § 303 HGB. die Zustimmung der Generalversammlung erforderlich. Man könnte nun die Zustimmung vor Abschluß des Vertrages einholen. Das ist jedoch nicht möglich, da der Beschluß der Generalversammlung, wie später in § 7, I noch dargelegt wird, die Gesellschaft auflöst. Wird der Vertrag aber erst nach der Auflösung geschlossen, handelt es sich

44) Also nur eine Verpflichtung zur Übertragung RG. 69, 288).
45) RGZ. 69, S. 287 u. 82 S. 277; ferner Enneccerus-Lehmann, § 86, II.

um einen Vertrag, der während der Liquidation abgeschlossen wird und sich nach § 303 HGB. richtet. — Sofern das Gesetz wie bei der GmbH. und wie bei der Genossenschaft die Vertretungsmacht nicht durch die Zustimmung der Generalversammlung beschränkt, ist die Zustimmung aus einem andern Grunde erforderlich. Die Auflösung der Verbände kann nicht durch die Vertreter bewirkt werden. Sie ist einzig und allein möglich durch Beschluß der Generalversammlung. Da zur Herbeiführung einer Fusion die Auflösung des übertragenden Verbandes in jedem Fall erforderlich ist, hat die Generalversammlung es immer noch in der Hand, die Fusion zu verhindern. Daher können die Vertreter der Verbände den Vertrag nicht ohne jede Bedingung abschließen. Sie können ihren Verband nur verpflichten, das Vermögen unter der Bedingung zu übertragen, daß die Generalversammlung zustimmt und die Auflösung des Verbandes beschließt. Daß eine solche vertragliche Bedingung möglich ist, ist unbedenklich[46]).

II. Die Anwendbarkeit des § 310 BGB.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die getroffene Abmachung nicht ein Vertrag ist, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen zu übertragen. Zunächst wird nämlich schon durch die nachträgliche Beschlußfassung der Generalversammlung die Übertragung des Vermögens hinausgeschoben und damit unsicherer. Außerdem muß noch die Auseinandersetzung mit den Gläubigern und den Mitgliedern der aufzulösenden Gesellschaft erfolgen (vgl. unten § 8 und § 11, II). Dadurch wird zwischen dem Abschluß des Vertrages auf Übertragung des Vermögens und dem Übergang des Vermögens lange Zeit vergehen, so daß sich Änderungen im Umfang und Inhalt des Vermögens einstellen können. Bei der Bejahung der aufgeworfenen Frage wäre, vorausgesetzt, daß man den § 310 BGB. auf rechtsfähige Organisationen des Handelsrechts anwenden will, der Vertrag nichtig. Es wäre dann vertraglich überhaupt kein Übergang des Vermögens zu erreichen. Zur Entscheidung dieser Frage müsse man sich über den Begriff des künftigen Vermögens Klarheit verschaffen.

Vermögen ist die wirtschaftliche Macht eines Rechtssubjektes, oder mit Kipp gesprochen, der „Inbegriff wirtschaftlicher Rechte“[47]). Es bedeutet die rechtliche Herrschaft und Verfügungsmacht über die Rechte seines Herrschaftskreises. Alle Rechte, aus denen das Vermögen besteht, heißen Aktiva, auf der andern Seite stehen die Schulden, die Passiva.

Für den hier behandelten Zusammenhang ist von Interesse, was das bürgerliche Gesetzbuch unter „Vermögen“ versteht. Nach herr-

46) so Ullmann, S. 20.
47) Enneccerus-Kipp, Erbrecht, § 1, II.

schender Ansicht in Literatur[48]) und Rechtsprechung[49]), die der deutschrechtlichen Auffassung über den Vermögensbegriff folgt, versteht es unter ihm das Aktivvermögen, d. h. also den Inbegriff aller einer Person zustehenden Vermögensrechte. Wenn auch R. Schulze[50]) diese Ansicht bekämpft und zu dem Ergebnis kommt, daß das BGB. drei Arten von Vermögensbegriffen kennt, so ist er wenigstens bei § 310 auch der Ansicht, daß hier unter „Vermögen" das Aktivvermögen zu verstehen ist. Da derselbe Begriff dem § 419 BGB., nach dem sich der Vertrag richtet, zugrunde liegt, würde § 310 insoweit Anwendung finden.

§ 310 setzt zu seiner Anwendbarkeit ferner voraus, daß es sich um künftiges Vermögen handelt. Den Verpflichtungen zur Übertragung eines solchen Vermögens kann man aber nicht alle bedingten und befristeten Verpflichtungen zur Vermögensübertragung gleichsetzen[51]), etwa aus dem Grunde, weil es sich hier auch um künftiges Vermögen handle. Andernfalls müßte man eine Verpflichtung zur Übertragung des künftigen Vermögens schon darin sehen, daß jemand eine Verpflichtung eingeht, sein zur Zeit des Vertragsabschlusses in seinem ganzen Umfange bestimmbares Vermögen erst zu einer späteren Zeit zu übertragen. Hier ist aber der Wille des sich Verpflichtenden auf Übertragung seines gegenwärtigen Vermögens gerichtet. Auf diesen Willen kommt es an. Dieser ist bei Unklarheit des Vertragswortlautes zu erforschen. Auch der untergehende Verband möchte all sein Vermögen sofort übertragen. Er kann es nur nicht, weil gesetzliche Vorschriften ihn daran hindern.

Um festzustellen, ob die Verpflichtung dennoch von § 310 BGB. erfaßt werden soll, muß man die Begründung der Bestimmung in den Motiven, Bd. II, S. 186, heranziehen. In diesen heißt es: „Ein Vertrag .... verstößt gegen die öffentliche Ordnung, welche nicht zu läßt, daß jemand sich gewissermaßen seiner Erwerbsfähigkeit begibt und damit allen Antrieb zum Erwerbe verliert". Es soll also verhindert werden, daß derjenige, der schon von vornherein weiß, daß das, was er künftighin erarbeitet, ihm nicht mehr zugute kommt, in seinem Streben und Schaffen beeinträchtigt wird. In der Verletzung der wirtschaftlichen Freiheit liegt auch ein Verstoß gegen die guten Sitten[52]). Diese den Motiven zugrunde liegende, sozialpolitische Erwägung ist wohl für Einzelpersonen, jedoch nicht für juristische Personen, zu denen ja die EG., AG. und GmbH. gehören, begründet[53]); denn diese

48) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 70, II; Hellwig, S. 310 und Windscheid-Kipp, Bd. I, § 42, S. 179.

49) Insbes. RGZ. 69, S. 285.

50) S. 24.

51) so Schulze, S. 25; a. A. bes. Staub, § 303, Anm. 15.

52) Planck, § 310; von Tuhr, Bd. II, 1. Hälfte, § 276, Anm. 23 u. Schulze, S. 25.

53) Schwede, BT v. 28. 9. 26. Das RG. hat diese Ansicht bei der Behandlung des § 311 für das Sondervermögen einer OHG. ausgesprochen (JW. 1910, S. 242);

stellen wirtschaftlich gesehen nur die Gesamtheit ihrer Mitglieder dar, für die die Beteiligung an der juristischen Person nichts anderes bedeutet als eine Beteiligung an irgend einem Sondervermögen, sodaß den Mitgliedern im Falle der Auflösung des Verbandes noch andere Gelegenheiten zur Beteiligung verbleiben. Sie können also in ihrem Erwerbsstreben gar nicht gehindert werden. Das Bedenken von Breit[54]), daß dies auch alle, die das nicht zugeben und daher § 310 BGB. für anwendbar halten, erkannt haben und sich fürchteten, dem „Gesetzgeber etwa den Gehorsam aufzukündigen", wenn sie den Wirkungskreis des § 310 auf natürliche Personen beschränken, ist nicht von der Hand zu weisen.

Wenn Ring-Schachian[55]) auch zugeben, daß die sozialpolitische Erwägung des § 310 wohl auf natürliche, nicht aber auf juristische Personen zutreffe und daher § 310 nicht die Grundlage für die Unwirksamkeit solcher Verpflichtungen bilden könne, sind sie doch der Ansicht, daß „angesichts der gesetzlichen Wirkung der Veräußerung des Vermögens als Auflösungsgrund der AG." die allgemeinen Grundsätze des Korporationsrechts hinderlich im Wege stünden. So könne die Gesellschaft zwar über ihre Rechtsfähigkeit und über ihr Vermögen verfügen. Sie könne aber keine Verpflichtungen eingehen, ihre Rechtsfähigkeit oder ihre Geschäftsfähigkeit aufzugeben. Dies sei für die Geschäftsfähigkeit aus § 231 Abs. III HGB. und § 38 Abs. I GmbH. Ges. zu entnehmen, wonach die Bestellung zum Mitglied des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung widerrufen werden könne. Auch eine vertragliche Verpflichtung zur Beendigung der Rechtsfähigkeit, die ja mit der Auflösung eintritt, sei insofern nicht möglich, als dies nur durch Beschlußfassung der Generalversammlung mit qualifizierter Mehrheit geschehen könne. Mit geringeren Anforderungen könne die Auflösung nicht herbeigeführt werden. So könne auch nicht ein einfacher Vertrag zwischen den Vorständen der Verbände eine solche Verpflichtung für die Zukunft schaffen.

Dieser Begründung kann man nicht zustimmen. Sie ist nicht nur allzu gesucht, sondern auch nicht richtig. Wenn der Vorstand die Verpflichtung eingeht, das Vermögen im künftigen Zeitpunkt zu übertragen, will er die Gesellschaft nur dazu und zu nichts mehr verpflichten. Die Auflösung ist bei der AG., wie Ring-Schachian völlig verkennen, n i c h t die Folge des Vertragsschlusses, sondern des nach

---

Geiler, S. 63, Anm. 1a; Schulze, S. 25; Breit, S. 375. Das erkennt auch Ullmann, S. 630 an, dennoch unterwirft er die juristischen Personen der Anwendbarkeit des § 310 BGB., weil das Gesetz „zwischen natürlichen und juristischen Personen nicht differenziere" (S. 632), und die juristische Person in demselben Umfange Rechtsfähigkeit habe wie die natürliche und für sie daher dieselben Schranken gelten müßten, welche für die Handlungen der natürlichen Person gesetzlich bestimmt sind (§ 630).

54) S. 375.

55) Die Praxis der Aktiengesellschaften, Berlin 1929, S. 511.

§ 303 erforderlichen Generalversammlungsbeschlusses. Ebenfalls tritt bei der GmbH. und EG. die Auflösung erst mit dem Generalversammlungsbeschluß ein (vgl. § 60, GmbH.Ges. und § 78 GenGes.). So hat also die Generalversammlung es immer in der Hand, ob sie die Gesellschaft auflösen will oder nicht. Ihr wird dieses Recht auch nicht dadurch genommen, daß die Vertreter der Verbände einen auf die Übernahme des Vermögens gerichteten Vertrag abschließen.

Um zu erkennen, welches Vermögen vom § 310 erfaßt werden soll, muß man, wie Schulze[56]), die Vermögen scheiden in 1. gegenwärtige, 2. gegenwärtige, die erst künftig übertragen werden sollen, 3. künftige Vermögen. Schulze meint, daß nicht der Begriff des künftigen Vermögens ausgedehnt werden muß, indem man das gegenwärtige, erst künftig zu übertragende Vermögen einbezieht; vielmehr muß man letzteres zu dem gegenwärtigen Vermögen rechnen, „wenn bei Vertragsabschluß Inhalt und Umfang desselben genau festgelegt worden sind"[57]). Man kann diesen Inhalt und Umfang eines Vermögens nur festlegen, wenn der sich verpflichtende Teil die zu seinem Betriebe gehörenden Geschäfte vorbereitet oder schon abgeschlossen hat. Eine Hinderung im Erwerbsstreben ist dann nicht mehr zu befürchten. Wenn nun in unserem Falle eine EG., AG. oder GmbH. eine Verpflichtung zur Übertragung des Vermögens durch ihre Vertreter eingeht, ist es diesen aus den oben (§ 5 I) angeführten Gründen nicht möglich, die Gesellschaft zur sofortigen Übertragung zu verpflichten. Im Gegensatz zu diesen Gesellschaften können es aber Einzelpersonen. Bei ihnen sind die für die genannten Verbände im Gesetz besonders angeordneten Voraussetzungen für den Vermögensübergang nicht vorgeschrieben, obwohl sie in gleicher Weise wie die Verbände über das Vermögen verfügen dürfen. Beide dürfen nämlich nur solche Geschäfte vornehmen, die der getroffenen Vereinbarung entsprechen. Sie würden ihre vertraglichen Verpflichtungen verletzen, wenn sie Teile des Vermögens verschenken oder an einen anderen verkaufen würden. Obwohl hierin die rechtliche Stellung beider gleich ist, kann das Vermögen von Einzelpersonen sofort nach der Verpflichtung übertragen werden, das Vermögen der hier in Betracht kommenden Verbände jedoch nicht. Ihr ganzer Organismus ist nämlich zu schwerfällig, als daß die Übertragung der Gegenstände der Verpflichtung sofort folgen kann. Die Vertreter wollen die Gesellschaft verpflichten, all das Vermögen, das sie überblicken können, sobald wie möglich auf den anderen Verband zu übertragen.

Daß es sich hierbei nicht um künftiges Vermögen handelt, läßt sich am besten mit den Worten von Schulze[58]) begründen. Er führt aus:

56) S. 26.

57) Schulze, S. 26 und Citron in JW. 1929, S. 620.

58) S. 28, der hiermit eine alle anderen Einwände schlagende Begründung gegeben hat.

„Daß nur diese (Übertragung des gegenwärtigen Vermögens) gewollt ist, ergibt sich aus der Festsetzung des Kaufpreises, dem der Vermögensbestand beim Vertragsabschluß zugrunde gelegt ist. Wenn auch das Gesellschaftsvermögen in der Zeit vom Vertragsabschluß bis zur Übereignung Veränderungen unterliegt, so ist daraus nicht auf das Vorliegen eines künftigen Vermögens zu schließen. Das Vermögen einer Handelsgesellschaft ist in keinem Augenblick konstant wie das Vermögen eines Menschen. Es ist ein lebender Organismus, der dauernd Veränderungen unterworfen ist. Diese Veränderungen bewegen sich in der Regel in genau vorgeschriebenen Bahnen. Sie sind im Laufe der Zeit nicht derartigen Schwankungen unterworfen wie das Vermögen eines Menschen. Die Anwendung der Grundsätze der Surrogation (§ 281 BGB.) ermöglicht es, das Vermögen zur Zeit des Eigentumsüberganges dem Vermögen zur Zeit des Abschlusses des Fusionsabkommens gleich zu stellen." Auch in unserem Falle kann der den Vertrag abschließende Vertreter genau überblicken, welchen Umfang das Vermögen seiner Gesellschaft hat, wenn auch Veränderungen bei den einzelnen Vermögensbestandteilen eintreten können. Es könnten sich z. B. Geldwerte, die in der Kasse waren, noch in Forderungen verwandeln oder mit dem Gelde Schulden bezahlt werden. Es könnten endlich auch für neu angeschaffte, noch zu liefernde Sachen sich Schulden einstellen. Immer aber bleibt durch die Anwendung des § 281 BGB. der Wert des Vermögens derselbe. Wäre dies nicht der Fall, könnte kein Preis, der in unserem Fall in dem Gegenwert der Gewährung von Mitgliedschaftsrechten besteht, festgesetzt werden. Daß sich hier gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen decken, berechtigt nicht zur Anwendung des § 310, da ja kein Interesse mehr an dem Weiterarbeiten und Weiterschaffen des dem Untergang geweihten Unternehmens besteht, zu deren Erhaltung § 310 BGB. geschaffen ist. Es ist, wie Citron[59]) sehr richtig behauptet, nicht einzusehen, weshalb die bei der aufgelösten Gesellschaft „nach Abschluß des Verschmelzungsvertrages voraussichtlich oder möglicherweise bis zur Eintragung der Verschmelzung noch eintretenden Vermögensveränderungen im Verschmelzungsvertrage nicht berücksichtigt werden sollen". Anders ist es jedoch, wenn nicht zu überblicken ist, wann die Verpflichtung der übertragenden Gesellschaft ihre Wirksamkeit entfaltet und welche Vermögenswerte die Gesellschaft zur Zeit der Übereignung besitzt. Hier wird man allerdings ein künftiges Vermögen als vorliegend ansehen müssen.

Daß bisweilen in der Literatur[60]) scheinbar eine andere Ansicht, als hier dargelegt, vertreten wird, liegt wohl daran, daß bei der Entscheidung dieser Frage von anderen Voraussetzungen ausgegangen oder

59) in JW. 1929, S. 620.
60) Geiler, S. 63; Staub, § 303 Anm. 15; RGZ. 67, S. 166.

wenigstens nicht der Versuch gemacht wird, eine Grenze zu ziehen, wann ein Vermögen noch bestimmbar ist oder nicht. So hält das RG.[61]) die seiner Entscheidung zu Grunde liegende Abtretung der Forderungen für unzulässig, da die Forderungen in dem gerade vorliegenden Fall „in jeder Richtung der erforderlichen Bestimmtheit und Bestimmbarkeit entbehren". Diese Entscheidung steht aber mit der unseren bei näherer Betrachtung gar nicht im Widerspruch. Wenn der Gemeinschuldner dort der Klägerin die durch zukünftige Lieferungen an seine Abnehmer entstehenden Forderungen abtreten will, ist dies mit Recht wegen der mangelnden Bestimmbarkeit für unzulässig zu halten. Der Gemeinschuldner kann ja noch nicht wissen, ob und wann er solche Lieferungen, aus denen sich die Forderungen ergeben sollen, ausführen konnte. Wenn Staub[62]) unter Berufung auf vorstehende Reichsgerichtsentscheidung die Veräußerung des Vermögens in der Art, daß das Vermögen so übergehen soll, wie es an einem bestimmten späteren Termine sein werde, für unzulässig erklärt, wird er von denselben Voraussetzungen der Unbestimmbarkeit der Leistung ausgegangen sein. Er wird bei seinen Erwägungen, wie auch die RG.-Entscheidung, ein Vermögen vor Augen gehabt haben, dem man an einem bestimmten späteren Zeitpunkt noch keinen bestimmten Umfang beimessen kann, ferner ein solches, von dem man nur vermuten kann, daß es diesen Umfang haben wird. Dieses Vermögen ist allerdings in seinem Entstehen so vielen Hindernissen ausgesetzt, daß sein Umfang nicht mit Sicherheit voraus bestimmt zu werden vermag.

Eine gute Begründung für die von uns vertretene Ansicht gibt Citron[62]). Er behauptet, daß § 310 deshalb keine Anwendung finde, weil er nur dann zur Anwendung komme, wenn für die Übertragung des Vermögens keine bestimmte zeitliche Grenze festgesetzt sei. § 310 wolle, so führt er weiter aus, nur die „Grenzenlosigkeit" des zu übertragenden Vermögens treffen, die aber bei einer juristischen Person, die ihr Vermögen übertrage und damit untergehe, garnicht in Frage komme. Die Gesetzesvorschrift des § 310, so behauptet er schließlich, könne für eine juristische Person nur dann in Betracht kommen, wenn sie, obwohl sie bestehen bleibe, ihren ganzen künftigen Vermögenserwerb einer anderen Person vertraglich zur Verfügung stelle. Da die juristischen Personen in dem zu behandelnden Fall aber untergehen und es sich im übrigen um kein künftiges Vermögen im Sinne des § 310 handelt, findet diese Vorschrift keine Anwendung[63]). Der Vertrag ist also gültig.

---

61) Bd. 67, S. 166.
62) § 303 Anm. 15.
63) in JW. 1929, S. 620.

Es erübrigt sich bei dieser Entscheidung eine Untersuchung darüber anzustellen, ob § 310 auf rechtsfähige Vereinigungen überhaupt Anwendung findet, was von der durchaus herrschenden Lehre[64]) bejaht wird.

III. Versuche zur Umgehung des § 310 BGB.

Man braucht bei dem gefundenen Ergebnis nach anderen Möglichkeiten zur Ausschaltung des § 310 BGB. nicht zu suchen. Die sich ergebenden Möglichkeiten bedeuten letzten Endes doch eine Umgehung der Gesetzesvorschrift.

In der Praxis wird nämlich kein Vertrag, also kein zweiseitiges Rechtsgeschäft geschlossen, sondern man beschränkt sich auf ein bindendes Angebot des übertragenden Verbandes[65]). Der Vertrag kommt dann mit der Annahme des Angebots zustande, die erst in einem späteren Zeitpunkt erfolgt. Hierdurch ist aber das durch den § 310 BGB. geschaffene Hindernis nicht überwunden[66]). Diejenigen, die eine Umgehung für zulässig halten, verkennen aber, daß das Angebot ein Teil des für nichtig erklärten Vertrages ist[67]). Ist ein Vertrag über die Veräußerung eines künftigen Vermögens nichtig, muß dies auch das Angebot zum Abschluß eines solchen Vertrages sein; denn dieses bindet die Gesellschaft, von der das Angebot ausgeht. Angebot und Annahme bilden die beiderseitigen, sich ergänzenden Willenserklärungen. Das Angebot ist nicht als Bedingung der Annahme oder Bedingung des Vertrages aufzufassen, sondern als eine Voraussetzung der Annahme, als ein Teil des Vertragsganzen, welches aus den einander entsprechenden beiden Willenserklärungen entstehen soll und entsteht[68]). Wenn aber in § 310 BGB. ein Vertrag über die Veräußerung eines zukünftigen Vermögens für nichtig erklärt ist, muß man auch ein Angebot zu diesem für nichtig halten.

Eine andere Umgehung ist die, daß der übernehmenden Gesellschaft nur das Recht eingeräumt wird, das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft zu übernehmen. So bestimmt, wie Ring-Schachian[69]) zu entnehmen ist, der Vertrag der I.G. Farben-Industrie mit dem Pulver-Konzern und den Ribbeckschen Montanwerken, daß die Farbenindustrie das Recht hat, Liegenschaften, Apparate und Beteiligungen zum Buchwert der letzten Bilanz zu übernehmen. Hierbei verkennt

64) Enneccerus-Lehmann, § 31, I; Ullmann in JW. 1927, S. 630.

65) Für diese Umgehung: Schulze, S. 28; Geiler, S. 63, Anm. 1a; Citron in JW. 1929, S. 620; Wittmack, ZHR. 71, S. 107 ff; a. A. Staub, § 303 Anm. 15; Bernhard, BankArch. 1926, S. 327; RGZ. 67, S. 168; Brodmann, § 303, Anm. 4; Haußmann, S. 110.

66) a. A. Bernhard, in Bankarch. 1926, S. 327; Schulze, S. 32; Ullmann, JW. 1927, S. 630.

67) vgl. R. Schulze, S. 32.

68) So Ullmann, JW. 1927, S. 630.

69) a. a. O. S. 512.

man oder will nicht erkennen, daß das Recht der Übernehmenden, das Vermögen zu erwerben, rechtlich dieselbe Bedeutung hat wie auf der Gegenseite die Verpflichtung, das Vermögen zu übertragen. Denn wenn der eine dem andern das Recht vertraglich zugesteht, von ihm einen Gegenstand zu erwerben, kann man daraus entnehmen, daß er zugleich eine Verpflichtung dahin eingeht, dem andern den Gegenstand für den Fall zu übertragen, daß er von seinem Rechte Gebrauch macht.

Eine dritte gebräuchliche Umgehungsform ist die Verpflichtung des Übernehmenden, das Vermögen zu erwerben. Hier wendet Wünschmann[70]) dasselbe ein wie für den Fall, daß dem Übernehmenden das Recht eingeräumt wird, das Vermögen zu erwerben. Dieser Einwand ist mit Schulze[71]) als unzutreffend zu bezeichnen. Man hat es hier vielmehr mit einem auch vom RG.[72]) für zulässig gehaltenen Vertrag zu tun, in dem der eine zum Erwerbe, der andere aber nicht zur Übertragung verpflichtet wird. Man muß die Abmachung richtigerweise so auffassen, daß die eine Gesellschaft, selbst wenn sie sich zum Verkaufe entschließen sollte, nicht gebunden sein will, nunmehr an die andere Gesellschaft zu verkaufen, während diese verpflichtet ist, das Vermögen jener Gesellschaft zu erwerben, falls jene es verlangt. Diese Klausel ist aber für Fusionsverpflichtungen insofern ungeeignet, als nur der übernehmende Teil gebunden ist, für den Übertragenden aber eine Bindung überhaupt nicht besteht. Um eine Verschmelzung zu erreichen, ist aber die Verpflichtung zur Übernahme wichtig.

Man ist nicht gezwungen, alle diese in der Praxis beschrittenen Wege zu gehen, wenn man die oben (§ 6 II) vertretene Auffassung über den Begriff des künftigen Vermögens vertritt.

IV. Form des Übertragungsvertrages.

Fraglich ist, welcher Form der Vertrag bedarf, durch den eine Verpflichtung zur Übertragung des gegenwärtigen, erst künftig zu übertragenden Vermögens begründet werden soll. Nach § 311 BGB. erfordert ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen, die gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Das muß auch gelten, wenn es sich um die Verpflichtung der Übertragung des gegenwärtigen Vermögens in einem künftigen Zeitpunkte handelt. Auch hier liegt, wie wir oben (§ 6 II) gezeigt haben, ein gegenwärtiges Vermögen vor.

Es ist aber bestritten, ob § 311 BGB. auch auf juristische Personen, wie die EG., AG. und GmbH. anzuwenden ist. Die herrschende

70) in ZBl. FGG. u. Not. 10. Jahrgang, S. 18.
71) S. 64.
72) in JW. 1905, S. 26.

Lehre[73]) bejaht es und zwar nur deshalb, weil der Wortlaut auf diese Unternehmen paßt. Diese Begründung dürfte nicht ausreichen. Im übrigen ist aus dem Wortlaut nicht zu entnehmen, ob er auf diese Verbände angewendet werden will oder nicht. Man kann ihn vielmehr nur dann anwenden, wenn man den Grund der Einführung der Vorschrift wie bei der physischen Person auch bei der juristischen Person für vorliegend erachtet. In den Motiven[74]) wird für die Aufstellung der Vorschrift folgende Begründung angegeben: „Nicht zur Befestigung der Rechtssicherheit, sondern auch, um die Kontrahenten bei diesen inhaltsschweren Geschäften, welche vielfach faktisch eine antizipierte Erbfolge enthalten, vor Übereilung zu schützen, zugleich um die Umgehung der Formvorschriften für die Verfügungen von Todes wegen möglichst zu verhüten."

„Inhaltsschwer" können Geschäfte nur für physische Personen sein. Bei diesen kann das ganze Lebenswerk von dem Abschluß eines solchen Vertrages abhängen. Das trifft wohl auch auf juristische Personen insofern zu, als mit der Übertragung des Vermögens ihre Existenz endet. Ihnen ist dennoch nicht der gleiche Schutz zu gewähren, da sie ja nicht um ihrer selbst willen bestehen, sondern für die Zwecke der Mitglieder. Im übrigen ist das Vermögen der juristischen Person bei der AG. durch die §§ 303 ff. HGB., bei der Genossenschaft durch die §§ 34, 44, GenGes. und bei der GmbH. durch die §§ 43, Abs. I und 49, Abs. II GmbH.Ges., wie später (§ 7) noch genauer zu besprechen sein wird, vor leichtfertiger Übertragung durch eine einzelne Person geschützt. Wozu bedarf es noch einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wenn den Mitgliedern schon durch die Zusammenberufung der Generalversammlung oder wie gemäß § 303 HGB. durch das besondere Erfordernis der Dreivierteile-Mehrheit die Schwere des Entschlusses vor Augen geführt ist?

Von den bei Schulze[75]) weiter eingehend angeführten Gründen sei lediglich noch erwähnt, daß eine Formerschwerung nicht mit dem Wesen und Zweck der juristischen Personen vereinbar ist. Gerade der Hauptzweck eines Unternehmens liegt darin, daß der Abschluß von Verträgen, Erwerb von Eigentum für die Zwecke der Gesellschaft, Prozeßführung usw. erleichtert werden soll.

Das bisher über den Inhalt des Veräußerungsvertrages, seine Gültigkeit und Form Gesagte gilt für alle in Frage kommenden Verbände gleichermaßen, so bei der EG., AG. und GmbH.

---

73) Enneccerus-Lehmann, § 28 II, 1; RG. 69, 290 und 76, S. 3; Recht 1910, Nr. 2492. a. A. Wittmack 71, 107.

74) Bd. II, S. 188.

75) S. 76—77, der noch viele andere Gründe für die hier vertretene Ansicht anführt.

§ 7.

Vertretung bei der Vermögensübertragung.

Weiterhin bedarf es der Untersuchung darüber, wer den Vertrag als Vertreter abschließt, und welche Erfordernisse für die Vertretung in diesem Fall vom Gesetz vorgeschrieben sind. Die gesetzlichen Vertreter der drei in Frage kommenden Verbände sind die Mitglieder des Vorstandes, oder, wie sie sich bei der GmbH. nennen, Geschäftsführer (vgl. § 231 HGB., 24 GenGes., § 35 GmbH.Ges.), sie sind aber in ihrer Vertretungsbefugnis nicht unbeschränkt. Die Befugnis findet ihre Einschränkung durch Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder durch Beschlüsse der Generalversammlung (vgl. § 225 HGB., § 27 GenGes. und § 37 GmbH.Ges.). Danach bedürfen die Vertreter des erwerbenden Verbandes zum Abschluß des Erwerbsvertrages keiner besonderen Ermächtigung, etwa durch einen Generalversammlungsbeschluß. Sie sind wie jeder gesetzliche Vertreter ohne weiteres zum Abschluß des Erwerbsgeschäftes nach außen hin ermächtigt, wenn sie zu ihrer Sicherung auch die Zustimmung der Generalversammlung einholen werden[76]).

Anders liegt es jedoch bei den Vertretern der übertragenden Vereinigung. Da es sich bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Vermögens nicht um einen, in den gewöhnlichen Umfang irgend eines Vertrages fallenden Akt handelt, hat das Gesetz eine Einschränkung der Vertretungsbefugnis gegeben. Eine solche findet man für die AG. in § 303 HGB. Danach bedarf die Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung im ganzen eines Beschlusses der Generalversammlung. Dieser muß mit einer Mehrheit gefaßt sein, die mindestens drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. — Er muß sich ferner nach der in Schrifttum und Rechtsprechung übereinstimmenden Ansicht auf den konkreten Inhalt des bestimmt abgeschlossenen oder abzuschließenden Veräußerungsvertrages beziehen. Es würde nicht genügen, wenn der Beschluß dem Vorstand eine allgemeine Ermächtigung erteilen würde, das Vermögen im ganzen zu veräußern. Der Beschluß muß vielmehr alle wesentlichen Bestandteile des Vertrages erkennen lassen, insbesondere den Erwerber benennen[77]). Der Grund hierfür liegt darin, daß eine allgemeine Ermächtigung, das Gesellschaftsvermögen im ganzen zu verwerten, eine unzulässige Übertragung der Befugnisse der Generalversammlung bedeuten würde[78]).

---

76) Ullmann, in JW. 1927, S. 632.

77) Ullmann, Die Veräußerung, S. 11; Staub, § 303, Anm. 8; Brand, § 303, III C; Gareis, § 303, Anm. 4; KGJ. 32 A 159; RFH., 12 S. 86.

78) KG. in RJA. 6, S. 192; RFH. 12, S. 86.

I. Rechtliche Bedeutung des § 303 HGB.

Es ist sehr umstritten, welche rechtliche Bedeutung der in § 303 erforderte Beschluß der Generalversamlung hat. Nach § 304 HGB., der den Beschluß als „Zustimmung der Generalversammlung" bezeichnet, und nach § 305 Abs. 5, der von einem „von der Generalversammlung genehmigten Vertrag" spricht, könnte man dem Beschluß die Bedeutung einer Zustimmung nach §§ 182 ff. BGB.[79]) beilegen, oder einer analogen Anwendung der §§ 1829 und 1830 BGB. das Wort reden[80]).

Jedoch dürften diese Ansichten nicht richtig sein. Denn hier ist ein Vertrag des eigenen Verbandes Gegenstand des GV.-Beschlusses. Daher kann die GV. nicht als ein Dritter angesehen werden, der einem zwischen zwei anderen Partnern abgeschlossenen Vertrage zustimmt. Die Folge dieser Ansichten wäre auch, daß ein Schwebezustand nach Abschluß des Vertrages durch die Vertreter bis zum Beschluß der GV. entstehen würde. Es würde weiterhin für den Verband keine Verpfichtung bestehen, nach gefaßtem Beschluß der GV. den Veräußerungsvertrag abzuschließen. Wie der Vormund nach § 1829 BGB. könnten auch hier die Vertreter ganz nach ihrem Belieben handeln. Daraus zieht Ullmann[81]) den Schluß, daß die Vertreter vor der Beschlußfassung der GV. zu der in Frage stehenden Handlung überhaupt nicht Vertretungsmacht besitzen. Erst durch den Beschluß wird ihnen die Ermächtigung zuteil, einen verpflichtenden Übertragungsvertrag wirksam abzuschließen. Nach dem Beschluß können — und hier muß man H. A. Schulze[82]) und R. Schulze[83]) Recht geben, die Vertreter nicht mehr volle Freiheit in ihrem Handeln haben. Sie müssen „den Beschluß kraft korporationsrechtlicher Bindung ausführen", und haben sich „an die einzelnen Anweisungen der Generalversammlung streng zu halten"[84]). Andernfalls würden sie für einen möglicherweise eintretenden Schaden haften; denn die Nichtbefolgung der Anweisungen würde eine Verletzung ihrer Aufgaben darstellen. Ist die Abmachung zwischen den Vertretern schon vor dem Beschluß getroffen, dann ist diese ein eigenartiger, korporationsrechtlicher Vertrag, dem Schulze[85]) rechtlich nur die Bedeutung eines Vertrags„entwurfs" beilegt, der erst durch den Beschluß der GV. rechtswirksam wird. Nun ist dieser korporationsrechtliche Vertrag bis zum GV.-Beschluß nicht etwa ohne jede Bindung. Die Bindung geht vielmehr soweit, daß ein freier Widerruf der Vereinbarung ausgeschlossen ist[86]). Aber erst mit dem Beschluß kommt ein wirksamer Vertrag zustande.

79) Staub, § 303, Anm. 8.
80) Ullmann, Die Veräußerung, S. 17.
81) In JW. 1927, S. 631.
82) S. 27, 28.
83) S. 48.
84) H. A. Schulze, S. 27, 28.
85) so R. Schulze, S. 49.
86) H. A. Schulze, S. 30 und R. Schulze, S. 49.

Die Folge dieses Beschlusses ist nach § 303. Abs. 2 die sofortige Auflösung des Unternehmens. Der Beschluß hat also dieselbe Bedeutung wie der die Auflösung der Gesellschaft bewirkende Beschluß gemäß § 292 HGB. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß eine AG., die die Grundlage ihrer wirtschaftlichen Existenz, nämlich ihr ganzes Vermögen fortgeben will, damit zu erkennen gibt, daß sie ihren Daseinszweck aufzugeben gedenkt, also ihr Ende herbeiführen will[87]).

Es ist daher nicht nötig, aber auch nicht möglich, außer dem Beschluß auf Veräußerung des Vermögens noch den Beschluß auf Auflösung der Gesellschaft zu fassen. Es ist nicht einmal die besondere Ankündigung der Auflösung bei Berufung der Generalversammlung gemäß § 256 Abs. I HGB. erforderlich. Auch bedarf der Veräußerungsbeschluß nicht der Anmeldung zum Handelsregister. Obwohl der Übertragungsbeschluß die Auflösungswirkung hat, verlangt er nicht die Befolgung der an den Auflösungsbeschluß vom Gesetz gestellten Vorschriften. Er hat andererseits sodann die Wirkung der Auflösung, wenn der Vertrag, falls er dem Beschluß nachfolgen soll, gar nicht zustande kommt. Es tritt mit dem GV.-Beschluß auf jeden Fall die Auflösung ein. Sofern also die AG. die übertragende Gesellschaft ist, ist man der Frage enthoben, wie die erwerbende Gesellschaft der Gefahr entgehen kann, daß die veräußernde Gesellschaft trotz Abschlusses des Veräußerungsvertrages sich nicht auflöst. Die Gefahr liegt darin, wie wir später (§ 9) sehen werden, daß der Vertreter des erwerbenden Verbandes die Erklärung zur Aufnahme der Mitglieder der aufzulösenden Vereinigung abgibt, ohne daß diese schon zur Auflösung gebracht ist und der Vertreter die Auflösung erzwingen kann; denn die Auflösung liegt allein im Belieben der GV.

II. Rechtliche Bedeutung der §§ 49 Abs. II GmbH.Ges. und § 44 Abs. II GenGes.

a) Keine Beschränkung der Vertretungsmacht.

Eine dem § 303 HGB. entsprechende Vorschrift ist für die EG. und GmbH. nicht gegeben. Man könnte daraus entnehmen, daß die Vertreter dieser Verbände völlig unbeschränkt in dem Eingehen der Verpflichtung zur Übertragung waren. So auch die herrschende Ansicht[88]).

Eine andere Ansicht vertreten nur Förtsch[89]), Neukamp Becker[90])

87) Ullmann, Die Veräußerung, S. 12.
88) Hachenburg, § 60, Anm. 29 u. 31.
89) § 70, Nr. 7.
90) Komm. § 60, Anm. 9 ff., insbes. Anm. 11.

und Brodmann[91]) [92]). Letzter begründet seine Ansicht damit, daß in der Veräußerung des gesamten Vermögens das Aufgeben, wenn nicht jedes Zweckes, so doch des vereinbarten Zweckes liege. Daher bedürfe ein solcher Vertrag eines Gesellschaftsbeschlusses, welcher die Natur einer Statutenänderung habe. Hier könne der dritte, der mit dem Vertreter den Vertrag schließe, sich auf dessen Vertretungsmacht nicht berufen, wenn er wisse, daß der Vertreter ohne oder gar gegen den Willen der Gesellschafter handelt. Wenn Brodmann seine Opposition zur herrschenden Lehre auch dadurch beschränkt, daß er den Mangel der Vertretungsmacht nur als beachtlich ansieht, falls der Dritte davon Kenntnis hat, ändert das nichts daran, daß er dem Vertreter doch die unumschränkte Vertretungsmacht versagt. Das von ihm vorgebrachte Argument ist nicht so durchschlagend, daß es die herrschende Lehre widerlegen könnte. Es kann in der Übertragung des Vermögens keine Änderung des Gesellschaftszweckes gesehen werden; denn der Zweck kann nur dann als geändert gelten, wenn die Gesellschaft fortbestehen soll. Nach der Übertragung des Vermögens jedoch geht die Gesellschaft unter. Es ist daher gar nicht mehr die Möglichkeit gegeben, den Zweck der Gesellschaft zu ändern. Wenn Brodmann an anderer Stelle[93]) behauptet, es sei „reine Theorie", daß ein solches Rechtsgeschäft vom Vorstand auch dann wirksam abgeschlossen wird, wenn der Gegner weiß, daß eine GV. gar nicht stattgefunden hat, so ist hiermit nichts bewiesen. Insbesondere ist damit nicht der Nachweis erbracht, daß in der Übertragung des Vermögens eine Änderung des Gesellschaftszweckes liegt. Daher muß man der herrschenden Lehre zustimmen und einen Vertrag auch dann als wirksam abgeschlossen ansehen, wenn die GV. ihre Zustimmung nicht erteilt hat. Ritter[94]) hat recht, wenn er behauptet, daß für die Mitglieder und damit für die GV. keine Sonderberechtigung bestehe, daß das Gesellschaftsvermögen nicht im ganzen veräußert werden darf.

Die Vertretungsmacht der Vertreter ist also bei der EG. und GmbH. unbeschränkt.

b) Bindung der Vertreter im Innenverhältnis gegenüber der Zentralgenossenschaft.

Eine andere Frage aber ist die, ob der Vertreter des übertragenden Verbandes nicht im Innenverhältnis verpflichtet ist, die GV. zu befragen.

Aus § 49 Abs. II GmbH.-Ges. ergibt sich für die GmbH. eine Verpflichtung, die GV. dann zu berufen, wenn es im Interesse der Ge-

91) Komm. § 60, Anm. 7.
92) Außerdem in der Rspr. KGJ. 21, S. 256 u. 37, S. 165.
93) Brodmann, Aktienrecht, § 235, Anm. 3.
94) Das HGB., § 250 Anm. 3 (Ende); RGZ. 56, S. 295.

sellschaft erforderlich erscheint. Da § 49 Abs. II der Auslegung sehr weiten Spielraum gelassen hat, hat man in Theorie und Rechtsprechung die verschiedensten Ansichten vertreten.

Die Vorschrift will nicht etwa sagen, daß die GV. in allen wichtigen Angelegenheiten zu befragen ist[95]). Man wird bei diesen vielmehr oft das Gegenteil annehmen müssen; denn eine Auseinandersetzung über wichtige Angelegenheiten kann leicht nachteilig sein, besonders dann, wenn über das Vorhaben Stillschweigen bewahrt werden soll oder muß. Das kann besonders beim Abschluß von Verträgen zwischen zwei Gesellschaften angenommen werden. Aus der Wichtigkeit der zur Verhandlung stehenden Fragen wird man also ohne weiteres einen Zwang zur Berufung der GV. nicht herleiten können.

Ferner könnte man die Verpflichtung zur Berufung darauf abstellen, ob der Vertreter der Gesellschaft mit der Möglichkeit der Genehmigung seitens der Versammlung rechnen konnte oder nicht. Die Verpflichtung wird abgelehnt werden müssen, wenn der Vertreter nur Zweifel an der Genehmigung hat. Denn diese wird er sehr oft haben. Es ist lediglich erforderlich, daß seine Handlungsweise mit der für einen ordentlichen Kaufmann vorgeschriebenen Sorgfalt vereinbart werden kann. Andernfalls würde die Vertretungsmöglichkeit so eingeengt werden, daß die Bedeutung des Vertreters zu stark herabgesetzt werden würde. Eine Grenze besteht nur da und dort beginnt seine Pflichtwidrigkeit, wenn er genau weiß, die GV. würde sein Geschäft nicht genehmigen[96]). Nicht zuzustimmen ist dem RG.[97]), wenn es nicht einmal den Beweis, daß sämtliche Gesellschafter zugestimmt hätten, für befriedigend erachtet, sofern der Vertreter „wichtige, kostspielige und riskante" Geschäfte ohne Befragung der GV. vornimmt. Daß er für die Gesellschaft nur Vorteilhaftes gewollt habe, sei vollkommen gleichgültig. Er soll dann mit seinem Vermögen für einen möglicherweise eintretenden Mißerfolg einstehen. Wie wird der Vertreter bei einer solchen Rechtsprechung noch den Mut haben, erfolgbringende Geschäfte, die fast alle mit einem gewissen Risiko verbunden sind, abzuschließen? Er wird aus Furcht keinen Schritt zu einem solchen Geschäft machen, ohne den umständlichen Weg zu gehen, die Versammlung zu befragen. Das kann aber infolge des eintretenden Zeitverlustes oder der Offenlegung geheimzuhaltender Angelegenheiten oft den Erfolg vereiteln. Es dürfte also gerade nicht im Interesse der Gesellschaft liegen, so zu handeln. Auch wenn man den Gesichtspunkt berücksichtigt, daß einer häufig bei weitem besser als mehrere eine Entscheidung treffen kann, daß der eine sich vielleicht weit eingehender mit der strittigen Frage befaßt hat als mehrere und der eine

95) Hachenburg, § 49, Anm. 6.
96) RGZ. 35, 37.
97) bei Holdheim, 11, S. 266; vgl. auch 12, S. 197 und Sächs. Arch. 12, S. 726.

die Verantwortung auf den andern schieben kann, ist die RG.-Entscheidung abzulehnen.

Nur bei solchen Geschäften, die aus dem Rahmen der gewöhnlich abzuschließenden Geschäfte herausfallen und bei denen wegen ihrer besonderen Eigenart Zweifel bestehen, muß die GV. befragt werden[98]). Hier muß man wohl annehmen, daß das Interesse der Gesellschaft es erforderlich macht. Die Vertretungsmacht ist nämlich nur für solche Geschäfte gegeben, die gewöhnlich der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, auch wenn es sich um wichtige und riskante handelt. Zu den Geschäften von besonderer Eigenart gehören aber solche, die für das Unternehmen von fundamentaler Bedeutung sind.

Um solche handelt es sich bei der Verpflichtung zur Veräußerung des ganzen Geschäftsvermögens[99]). Hier ist nicht einmal erforderlich, daß der Vertreter Zweifel an der Genehmigung seitens der GV. hat. Befragt der Vertreter in diesen Fällen die GV. nicht, macht er sich verantwortlich und muß mit seinem Vermögen einstehen.

Die Folge einer Veräußerung des Vermögens hat bei der EG. und GmbH. nicht die im § 303 Abs. II HGB. vorgeschriebene Folge der Auflösung der Gesellschaft. Ob und wie diese vertraglich bindend zu erreichen ist, wird später (§ 8 II) behandelt.

Ausgangspunkt der Erörterungen war bisher der Fall, daß das vertretungsberechtigte Organ noch zur Zeit des Bestehens des Verbandes die Verpflichtung zur Veräußerung eingegangen ist. Nur dieser Fall kann uns interessieren; denn es ist eben die Frage, ob und inwieweit die gesetzlichen Fusionsvorschriften in den nicht geregelten Fällen durch vertragliche Regelungen ersetzt werden können. Nur auf dem Wege des Vertragsschlusses, der allein durch das vertretungsberechtigte Organ wirksam vorgenommen werden kann, läßt sich das Ziel erreichen.

Es ist daher die bei der Veräußerung ebenfalls vorkommende Möglichkeit, daß die Auflösung beschlossen ist und der Liquidator die Veräußerung von sich aus vornimmt, nicht von Interesse.

Es kommt bei der Veräußerung von Vermögen ferner noch häufiger[100]) der Fall vor, daß die Auflösung beschlossen und dem Liquidator die Übertragung des Vermögens auf das andere Unternehmen aufgetragen wird. Dann handelt der Liquidator nach der ihm gegebenen Anordnung und es ergibt sich keinerlei Schwierigkeit.

In diesen beiden letzten Fällen bedeutet die Übertragung des Vermögens des einen Verbandes auf einen anderen Verband nur eine besondere Form der Abwicklung einer bereits aufgelösten Vereinigung, nicht die bei der Fusion erstrebte Überführung einer noch bestehenden

98) Hachenburg, § 49, Anm. 6.
99) Parisius-Crüger, § 27, Anm. 7; Hachenburg, § 49, Anm. 6.
100) Vgl. Hachenburg, § 60, Anm. 31.

werbenden Gesellschaft in eine andere. Es handelt sich also hierbei nur um eine nach Liquidationsgrundsätzen zu entscheidende Frage.

§ 8.

Übernahme der Schulden und Auflösung des untergehenden Verbandes.

I. Der Schuldübernahmevertrag.

Da nach den Verschmelzungsvorschriften der §§ 93a Abs. 4 Gen.-Ges. und §§ 304 Abs. 5, 306 HGB. die Schulden mit dem Vermögen durch Gesamtrechtsnachfolge übergehen, durch den Übernahmevertrag nach § 419 BGB. aber nur die Aktiva ergriffen werden, muß man auch hier nach einer Vereinbarung suchen, die die erleichternden Fusionsbestimmungen ersetzt.

Schulden können auf einen andern nach § 414 oder 415 BGB. übergehen. § 414 BGB. kann deshalb hier nicht zur Anwendung kommen, weil bei ihr der Schuldübernahmevertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger geschlossen wird, die Initiative zum Vertragsschluß also nicht vom Schuldner ausgeht, ja dieser überhaupt nichts von der Übernahme zu erfahren braucht. In unserm Falle aber muß durch eine Vereinbarung zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer des Vermögens die Schuldübernahme erreicht werden. Denn auch an dem Übergang der Schulden durch Gesamtrechtsnachfolge ist der Schuldner, nämlich die übertragende Gesellschaft, insofern beteiligt, als die Gesamtrechtsnachfolge durch einen Vertrag zwischen der aufzulösenden und der übernehmenden Gesellschaft in den gesetzlich geregelten Fällen bewirkt wird (vgl. §§ 93 Abs. 4 GenGes., §§ 304 Abs. 5, 305 HGB.). Ein Übergang zwischen Schuldner und Übernehmer kann aber nur nach § 415 BGB. geschehen.

Die dort vorgesehene Vereinbarung enthält eine Verfügung über das Forderungsrecht der Gläubiger, weil dieses sich künftig statt gegen den alten, gegen den neuen Schuldner richtet, also geändert werden soll. Da dem Gläubiger aber nicht gleichgültig sein kann, wer sein Schuldner ist, bedarf diese Verfügung wie jede andere der Genehmigung des Berechtigten. Daß die Gläubiger erst dann, wenn der Schuldner oder der Übernehmer ihnen die Schuldübernahme mitgeteilt hat, genehmigen können, hat seinen Grund darin, daß die Parteien sehr häufig Anlaß haben, die Entscheidung darüber, ob das Geschäft auch den Gläubigern gegenüber wirksam sein soll, noch in der Hand zu behalten. Dies wird besonders dann der Fall sein, wenn das ihrer Abmachung zugrunde liegende Schuldverhältnis noch nicht abgewickelt ist. Auch im vorliegenden Fall hat der übernehmende Verband ein Interesse daran, erst dann die Schulden zu übernehmen, wenn er das Vermögen des aufgelösten Verbandes erhalten hat. Sein Interesse ist hier in besonderem Maße gerechtfertigt, da der Schuldübernahme-

vertrag ein abstrakter Vertrag ist. Er ist nur darauf gerichtet, daß der Übernehmer anstelle des bisherigen Schuldners Schuldner derselben Forderung sein solle. Eine Kausalvereinbarung liegt natürlich auch hier regelmäßig vor. Sie ist nur nicht ein Teil des Vertrages. Daher kann auch der Übernehmer gemäß § 417 Abs. II BGB. aus dem zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner bestehenden, der Schuldübernahme zugrunde liegenden Verhältnis den Gläubigern gegenüber keine Einwendungen herleiten. Er kann sich also nicht darauf berufen, daß er den Gegenwert, also hier das Vermögen des aufgelösten Verbandes, für die Schuldübernahme von dem früheren Schuldner nicht erhalten habe. Das scheint auf den ersten Blick unbillig zu sein. Jedoch ist folgendes zu bedenken: Wenn der aufnehmende Verband erklärt, daß er die Schulden des aufzulösenden Verbandes an den Gläubiger übernimmt, muß er sich bewußt sein, daß er damit nicht nur eine Verpflichtung eingeht, sondern bereits leistet, nämlich den aufzulösenden Verband schon von seiner Schuld befreit. Tut er das, ohne das Vermögen als Gegenleistung erhalten zu haben, so gibt er die Einrede des nicht erfüllten Vertrages mit derselben Wirkung preis, wie bei der Erfüllung jedes anderen zweiseitigen Vertrages.

Der aufnehmende Verband ist aber auch durch die Bestimmung des § 415 BGB. nicht völlig geschützt, sofern er noch den Gegenwert für die Schuldübernahme erwartet und die Mitteilung an die Gläubiger noch nicht erfolgt ist; denn nicht der übernehmende sondern auch der übertragende Verband kann die Schuldübernahme an die Gläubiger mitteilen. Der übernehmende Verband kann sich aber durch die Vereinbarung sichern, daß die Mitteilung erst dann erfolgen soll, wenn der versprochene Gegenwert geleistet ist. Diese Vereinbarung mit dem übertragenden Verband würde als Bedingung der Schuldübernahme aufzufassen sein[101]). Wenn dieser die Mitteilung der Schuldübernahme an den Gläubiger dennoch vor Erbringung der dem Schuldner obliegenden Gegenleistung machen sollte, so wäre sie ohne Wirkung und die Übernahme der Schuld doch nicht vollendet. Wenn der Gläubiger dann gegen den übernehmenden Verband klagen würde, würde es diesem an der Passivlegitimation fehlen[102]).

Der übernehmende Verband hat aber noch eine andere Möglichkeit sich zu schützen, indem er die Schuldübernahme erst für die Zukunft vereinbart. Dies wird er dadurch bewirken, daß er die Schuld in Anrechnung auf den später zu zahlenden Gegenwert, nämlich für die Übertragung des Gesamtvermögens, übernimmt. Hiermit bringt er

101) Enneccerus-Lehmann, Lehrb. § 84 Anm. 17; Schollmeyer, § 415, Anm. 4; von Gierke, Schuldnachfolge und Haftung, S. 58, Anm. 5.
102) Enneccerus-Lehmann, § 84, Anm. 17.

zum Ausdruck, daß er nicht schon jetzt, sondern erst bei der Geschäftsübergabe Schuldner werden will. Wird nun der Vertrag nicht erfüllt, so ist der übernehmende Verband den Gläubigern auch dann nicht verpflichtet, wenn inzwischen der aufzulösende Verband den Gläubigern die vermeintliche Schuldübernahme mitgeteilt hat und die Gläubiger ihre Zustimmung gegeben haben[103]).

Es ist also der Übergang der Schulden vertraglich nicht so einfach zu erreichen, wie das Gesetz ihn in den besonderen Fusionsvorschriften geregelt hat. Es bleibt nichts anderes übrig, als den umständlichen Weg zu gehen, alle Gläubiger einzeln zur Erklärung ihrer Zustimmung aufzufordern, wodurch die Verschmelzung der Verbände eine Verzögerung erleidet. Denjenigen, die ihre Genehmigung nicht erteilen, muß ihre Forderung ausbezahlt werden. Auch bei Verweigerung der Zustimmung seitens der Gläubiger ist wenigstens soviel mit dem Übernahmevertrag erreicht, daß im Verhältnis des aufzulösenden Verbandes zum übernehmenden Verband letzterer zur Begleichung der Schulden dem aufzulösenden Verband gegenüber verpflichtet ist (§ 415, Abs. III Satz 2 BGB.). Es würde dann keine Schuldübernahme, sondern nur eine Erfüllungsübernahme zustande gekommen sein.

II. Die Auflösungsverpflichtung.

Um eine Verschmelzung zu bewirken, ist endlich noch die Auflösung des einen Verbandes erforderlich. Sie geschieht in dem begrenzten Fall des § 93a Abs. 4 GenGes. mit der Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses. Wie dieses Ziel in allen Fällen zu erreichen ist, in denen die §§ 93a ff. keine Anwendung finden, ist jetzt zu untersuchen.

Sofern der aufzulösende Verband eine AG. ist, tritt die Auflösung, wie oben § 7, I ausgeführt wurde, nach § 303 HGB. von selbst ein.

Bei der EG. und GmbH. wird nach § 78 GenGes. und § 60 GmbH.-Ges. das Unternehmen durch Beschluß der GV. mit einer Mehrheit von drei Vierteilen aufgelöst. Die Befugnis zur Auflösung steht nur der GV. zu und kann einem andern Organ nicht einmal durch Statut übertragen werden[104]). Das Vertretungsorgan der aufzulösenden Gesellschaft hat also nicht die Möglichkeit, eine wirksame, bindende Verpflichtung zur Auflösung in dem noch zu behandelnden Vertrage zu geben. Gibt es dennoch eine Erklärung dahin ab, daß es die Gesellschaft zur Auflösung seines Verbandes verpflichtet, handelt es außerhalb seiner Vertretungsmacht.

Um sicher zu gehen, würde die Auflösung *vor* den Abmachungen der Vertreter von der GV. beschlossen werden. Hiermit ist aber der

103) Enneccerus-Lehmann, § 85, 1.
104) Parisius-Crüger, § 78, Anm. 2.

Untersuchung nicht gedient, da der Vertrag, den Fusionsvorschriften entsprechend, von einer werbenden Gesellschaft, aber nicht von einer Liquidationsgesellschaft geschlossen werden darf.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, daß das Vertretungsorgan des aufzulösenden Verbandes den Verschmelzungsvertrag unter der Bedingung zum Abschluß bringt, daß die GV. die Auflösung dieses Verbandes beschließt. Diese Möglichkeit ist im vorliegenden Fall zu wählen.

III. Die Beendigung des Verbandes.

Der Vertreter wird nach Abschluß des Vertrages versuchen, die GV. zur Auflösung zu bewegen. Hat diese die Auflösung beschlossen, tritt Liquidation ein, die hier insofern eine besondere ist, als das Vermögen auf die Übernehmerin übertragen und nicht an die Mitglieder verteilt wird. Die liquidationslose Verschmelzung einer EG., AG. oder GmbH. mit einem andern Verband ist außer in den vom Gesetz besonders vorgeschriebenen Fällen ausgeschlossen[105]). Man muß daher auf andere Weise versuchen, einen möglichst schnellen Übergang des Vermögens zu erreichen.

Für die Liquidation gelten im allgemeinen bei allen in Betracht kommenden Verbänden die gleichen Vorschriften, für die AG. die §§ 294 ff., für die EG. die §§ 83 ff. und für die GmbH. die §§ 66 ff. Nach diesen müßte mit der Übertragung ein Jahr gewartet werden (vgl. § 301 Abs. I HGB., § 73, Abs. I GmbH.Ges. und § 90 Abs. 1 GenGes.). Das gilt auch dann, wenn — wie hier — das ganze Vermögen übertragen wird. Da aber außerdem die Schulden von der Erwerberin übernommen sind und die Gläubiger ihre Zustimmung zur Vermögensübernahme gegeben haben oder, wie schon oben § 8 I erwähnt, ausgezahlt sind, haben die Gläubiger bereits den erforderlichen Schutz erhalten. Der weitere Schutz in Gestalt der Sperrzeit ist überflüssig. Nach der Rechtsprechung[106]) ist eine vorzeitige Beendigung der Liquidation auch möglich. Ebenfalls hat die unter Verletzung der Gläubigerschutzvorschriften erfolgende Verteilung von Gesellschaftsvermögen nicht etwa die weitere Folge, daß die betreffenden Rechtsakte „ungültig" wären[107]). § 301 Abs. I HGB. sagt nämlich nicht: Die Verteilung des Vermögens „kann nur", sondern „darf nur" erfolgen unter den bestimmten Voraussetzungen. Dieselbe Fassung haben die §§ 73 Abs. I GmbH.Ges., 90 Abs. I GenGes. Eine Verteilung des Vermögens ist daher vor Ablauf des Sperrjahres nicht ungültig.

105) Meyer, § 93 a Anm. 1.
106) RGZ. 92, 79; LZ. 1912, S. 667, 51; OVG. in JW. 1921, S. 1637[2].
107) Staub, § 301 Anm. 10.

Natürlich geschieht die vorzeitige Übertragung trotz des Einverständnisses der Gläubiger, welches ja aus der Genehmigung der Schuldübernahme hervorgeht, unter Verantwortung der Liquidatoren[108]); denn trotz allem können noch unbekannte Gläubiger vorhanden sein. Die vorzeitige Vermögensverteilung verpflichtet die schuldigen Liquidatoren zum Schadensersatz. Der Anspruch steht der aufzulösenden Gesellschaft und den Gläubigern zu[109]).

Die Übertragung des Vermögens selbst erfolgt nach den für die einzelnen Rechte geltenden Bestimmungen. So müssen bewegliche Sachen durch Einigung und Übergabe, unbewegliche durch Auflassung und Eintragung und endlich Forderungen durch Abtretung übertragen werden. Hiermit ist der Übergang des Vermögens vollendet, der Verband dem Ende entgegengeführt (vgl. §§ 294 Abs. II, 302 HGB.; §§ 69, 74 GmbH.Ges. und §§ 87 Abs. 1, 93 GenGes.). Damit ist auch die alte Schuldnerin der aufnehmenden Gesellschaft untergegangen.

C. Schutz der alten Gläubiger.

Es erhebt sich die Frage, ob durch eine solche vertragliche Regelung, wie man sie im Vorangegangenen gefunden hat, der gleiche Schutz für die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft gewährleistet ist wie in den gesetzlich geregelten Fusionsfällen. Schon nach § 419 BGB. würde der Übernehmer des Vermögens von der Zeit des Vertragsschlusses mit dem übernommenen Vermögen haften. Die Gläubiger sind aber bei vorliegender vertraglicher Regelung sogar besser gestellt, da zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer ein Schuldübernahmevertrag abgeschlossen ist. Dadurch wird die Anwendbarkeit des § 419 BGB. ersetzt. Nach § 415 BGB. haftet der Übernehmer für die Schuld ähnlich dem alten Schuldner, jedoch ohne Beschränkung auf das übernommene Vermögen. Allerdings wird den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft gleichzeitig der Zugriff auf das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft eröffnet. Die Gläubiger der letzteren genießen bei ihrer Befriedigung nicht den Vorrang während der Übergangszeit wie bei der gesetzlich geregelten Fusion. Es tritt nicht die getrennte Verwaltung des übernommenen Vermögens während des Sperrjahres ein. Jedoch ist kein Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft gezwungen, diese Folge auf sich zu nehmen, da die Schuldübernahme ja nur mit seiner Zustimmung Wirkung zu erlangen vermag (vgl. § 8 D).

---

108) Staub, § 301, Anm. 7.
109) RG. 92 S. 84; für die GmbH.: RGZ. 109, S. 389.

D. Gewährung von Mitgliedschaftsrechten.

§ 9.

Der zum Zwecke des Erwerbs der Mitgliedschaft abzuschließende Vertrag.

Die Fusion bezweckt nicht bloß die Übertragung des Vermögens, sondern auch die Überführung der Mitglieder der aufgelösten Gesellschaft in das Mitgliedsverhältnis zur übernehmenden Gesellschaft. Das bereitet, da es hier an einer gesetzlichen Vorschrift fehlt, erhebliche rechtliche Schwierigkeiten.

Die Mitgliedschaft der Mitglieder der aufgelösten Genossenschaft geht in dem gesetzlich geregelten Falle in die Mitgliedschaft bei der übernehmenden Genossenschaft mit der Eintragung der Verschmelzung über, d. h. die Mitglieder der aufgelösten Genossenschaft werden zu diesem Zeitpunkt Mitglieder der Übernehmerin (§ 93 c Abs. 1 GenGes.). Ebenso ist der Übergang der Mitgliedschaft zweier AG. in § 306 HGB. geregelt.

Um dieses Ziel vertraglich zu erreichen, stehen zwei Wege zur Verfügung. Der eine verpflichtet die Übernehmerin, Mitgliedschaftsrechte zu gewähren, so die übernehmende Genossenschaft, Mitglieder des aufgelösten Verbandes als Mitglieder aufzunehmen oder die AG. oder GmbH., Aktien bezw. Geschäftsanteile zu geben. Der andere Weg geht dahin, daß der Vertreter der aufnehmenden Vereinigung eine bedingte Aufnahmeerklärung abgibt, wenn es sich beim aufnehmenden Verband um eine Genossenschaft handelt oder, sofern es eine AG. oder GmbH. ist, die Zulassung zur Zeichnung erklärt.

Der erste Weg, bei dem also nur eine Verpflichtung eingegangen werden soll, führt nicht weit genug. Ziel der Vereinbarung kann nicht die bloße Gewährung der Möglichkeit zum Erwerb der Mitgliedschaft sein. Die Vereinbarung muß vielmehr so gestaltet sein, daß sie unmittelbar die Mitgliedschaft bei der aufnehmenden Vereinigung den zu übernehmenden Personen verschafft. Denn nur so kann die Vereinbarung annähernd das erreichen, was in den Fusionsvorschriften durch den sofortigen Übergang der Mitgliedschaft infolge der Eintragung der Verschmelzung erreicht wird.

Bei allen drei Formen der Vereinigungen wird die Mitgliedschaft niemals durch einseitigen Akt erworben, so etwa bei der Genossenschaft durch Beitrittserklärung oder bei der AG. durch Zeichnung von Aktien und bei der GmbH. endlich durch Erklärung der Übernahme von Geschäftsanteilen. Vielmehr muß immer noch eine Erklärung der Körperschaft hinzukommen; beides zusammen wird von der herrschenden Lehre als Vertrag angesehen[110]). Zu dessen Abschluß

110) KG. in OLG. 11, S. 402; Ruth, S. 487, nimmt keinen Vertrag an, sondern einen körperschaftlichen Gesamtwillensakt.

ist erforderlich, daß ein Vertreter der Körperschaft vorhanden ist, der für diese die Erklärung abgibt.

a) Erwerb der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft.

§ 10.

Vertrag zum Erwerb der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft.

In dem oben § 6 I erwähnten Vertrag über die Vermögensübernahme werden zwischen den Vertretern Vereinbarungen darüber getroffen, wie die Mitgliedschaft der Mitglieder des aufzulösenden Verbandes in eine solche des aufnehmenden Verbandes übergehen soll. Geht man zunächst von dem Fall aus, daß der übernehmende Verband eine Genossenschaft ist, so entspricht es dem erstrebten Zweck, wenn der Vertreter des aufzulösenden Verbandes die unbedingte Beitrittserklärung für dessen Mitglieder, der Vertreter des aufnehmenden Verbandes die Aufnahmeerklärung abgibt. Die Aufnahmeerklärung muß unter der Bedingung abgegeben werden, daß das Vermögen übertragen wird.

Daß die Abgabe der Beitrittserklärungen durch den Vertreter, der im Namen des Vertretenden zeichnet, unbedingt sein muß, ist im Gesetz ausdrücklich gesagt (§ 15, Abs. 1, GenGes.). Es liegt auch in vorliegendem Falle kein Grund vor, die Wirksamkeit von einer Bedingung abhängig zu machen; denn der Vertreter will ja den mit der Erlangung der Mitgliedschaft verbundenen Vorteil für die Mitglieder seines Verbandes erreichen, aber nicht irgend einen Vorteil aufgeben.

Die Beitrittserklärung muß die in den §§ 120, 131 a GenGes. vorgeschriebenen Bemerkungen über die Haftung und die Verpflichtung zur Einzahlung auf den Geschäftsanteil enthalten. Fehlen die in den §§ 120, 131 a GenGes. vorgesehenen Bemerkungen, so ist die Erklärung unwirksam. Der Erwerb der Mitgliedschaft tritt sogar trotz Eintragung in die Listen der Genossen und trotz jahrelanger Betätigung als Genosse nicht ein[111]).

Anders als bei der Beitritts ist es bei der Aufnahmeerklärung. Durch die Aufnahme erhalten die neuen Mitglieder Rechte gegenüber der Genossenschaft, z. B. den Anspruch auf Nutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen und auf den Genuß ihrer sonstigen Vorteile, insbesondere das Recht auf den Liquidationsanteil. Wenn der Vertreter der Genossenschaft die Aufnahmeerklärung unbedingt abgeben müßte, wäre die Abgabe vor der Übertragung des Vermögens für das als Gegenwert die Vergünstigungen gegeben werden sollen, gar nicht möglich. Da das Gesetz auch nicht die unbedingte Abgabe verlangt,

111) RGZ. 97, S. 307; 137, 73 = JW. 33, S. 112; JW. 06, S. 5951; OLG. 4, S. 477 = KGJ. 24, S. 74; Meyer, § 15 Anm. 3a (Anfang) und Anm. 6.

besteht die Möglichkeit, daß der Vertreter die Aufnahmeerklärung unter der Bedingung der Übertragung des Vermögens geben kann.

§ 11.

Vertretung bei der Abgabe der Beitritts- und Aufnahmeerklärung.

I. Vertretung bei der Abgabe der Beitrittserklärung.

Gewöhnlich geschieht der Erwerb der Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft nach § 15 GenGes. in der Form, daß das beitretende Mitglied selbst die Beitrittserklärung in schriftlicher Form abgibt. Bei der Verschmelzung zweier ZG. ist dies wegen der Größe der Verbände nicht möglich. Sofern die aufzulösende ZG. aus EG. und sonstigen Vereinigungen besteht, müßten die Vertretungsorgane dieser Einzelvereinigungen die Beitrittserklärungen ihrer Vereinigung abgeben, wodurch die Vertretungsorgane der ZG. in ihrer Verhandlungsfreiheit beeinträchtigt werden würden. So können letztere nicht wissen, wer von den Mitgliedern des aufgelösten Verbandes beabsichtigt, Mitglied der Übernehmerin zu werden. Selbst wenn sie davon Kenntnis hätten, würden die Verschmelzungsverhandlungen uneinheitlich verlaufen, wenn die einzelnen Mitglieder den Übergang ihrer Mitgliedschaft regeln und auf der anderen Seite die Vertreter des Verbandes eine Regelung des Überganges des Vermögens vornehmen. Vor allem entspricht es nicht den Fusionsvorschriften, die die Mitgliedschaftsgewährung und den Vermögensübergang einheitlich durch Eintragung in das Register bewirken lassen.

Es würde aber zur völligen Verhinderung der Verhandlungen führen, wenn, wie hier, auch die Mitglieder der ZG. alle einzeln ihre Beitrittserklärungen schriftlich gegenüber der aufnehmenden ZG. abgeben müßten. Es muß daher untersucht werden, ob nicht auch ein Vertreter die Beitrittserklärungen abgeben kann. Bei Bejahung dieser Frage könnte der Vertreter der ZG. für alle Mitglieder zusammen den Beitritt erklären.

Da § 15 GenGes. für die Form des Beitritts Schriftlichkeit vorsieht, findet § 126 BGB. Anwendung, nach dem „die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift mittels gerichtlichem oder notariell beglaubtigten Handzeichens unterzeichnet werden muß." Aus der Eigenhändigkeit, die den Gegensatz zur Unterzeichnung durch fremde Hand darstellt, scheint zu folgen, daß nur der Beitretende selbst und nicht sein Vertreter die Unterzeichnung vornehmen kann. In § 126 BGB. wird jedoch über die Höchstpersönlichkeit der schriftlich abzugebenden Erklärung nichts bestimmt, sondern nur die Form der Erklärung geregelt[112]).

112) KG. in OLG. 4, S. 479.

Auch der in § 126 BGB. erwähnte Begriff „Aussteller" deutet nicht darauf, daß nur der Beitretende selbst die Erklärung unterschreiben kann. Unter „Aussteller" hat man nur denjenigen zu verstehen, der die Willenserklärung abgibt, gleichgültig ob im eigenen oder fremden Namen[113]).

Ein Hinweis auf die Möglichkeit der Vertretung ist im Gesetz nicht gegeben. Hätte das Gesetz aber nicht damit gerechnet und eine Vertretung nicht zulassen wollen, wäre wie im § 43 Abs. 4 GenGes. für das Stimmrecht ebenfalls hier ein ausdrücklicher Ausschluß erfolgt. Zu erwägen wäre höchstens noch, ob der besondere Ausschluß nicht nötig war, weil etwa aus dem gesamten Inhalt des Gesetzes hervorgeht, daß eine Vertretung bei der Erklärung des Beitritts dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht. Dies würde aber nur dann der Fall sein, wenn die Zwecke des Gesetzes durch die Zulassung der Vertretung nicht zu erreichen wären. Hierfür könnte die in § 15 Gen.-Ges. zum Ausdruck gekommene Absicht maßgebend sein, jedem Außenstehenden eine möglichst einfache und sichere Möglichkeit zur Feststellung zu geben, wer der Genossenschaft angehört. Diese Absicht des Gesetzes ist aber auch bei Zulassung einer Vertretung erreichbar. Die in § 15 GenGes. bestimmte richterliche Prüfung der Beitrittserklärung ist eine rein formale[114]). Im übrigen ist die Prüfungsmöglichkeit allgemein auch dann anerkannt, wenn die Beitrittserklärung durch einen Vertreter des Beitretenden abgegeben ist.

Schließlich könnte noch erwogen werden, ob der Gesetzgeber die persönliche Beitrittserklärung des Beitretenden nicht deshalb vorgeschrieben hat, weil er ihm damit die Wichtigkeit des Beitrittsaktes vorhalten und ihn zur Überlegung seines Schrittes bringen wollte. Jedoch fehlt hierfür ein Anhalt im Gesetz[115]). Außerdem wird der Beitretende schon dadurch, daß zwischen der Auftragserteilung und der Abgabe der Erklärung durch den Beauftragten längere Zeit vergeht, in die Lage versetzt, sich seinen Schritt genügend zu überlegen. Mit einer strengeren Form soll ja nur verhindert werden, daß der Beitretende selbst durch seine, ohne jede Überlegung gemachte mündliche Äußerung schon mit den Rechten und vor allem mit den Pflichten eines Genossen behaftet sein soll[116]).

Aus dem Vorangegangenen folgt, daß § 15 GenGes. mit den Worten „von dem Beitretenden zu unterzeichnenden unbedingten Erklärung" nicht meint, „von dem Beitretenden p e r s ö n l i c h zu unter-

113) Rehbein, BGB., § 125 ff., IV 1 b.
114) vgl. Bekanntmachung v. 1. Juli 1899, § 29 Abs. 3, 4.
115) KG. in OLG. 4, S. 478 = KGJ. 24, S. 74, vgl. hierzu RGZ. 149, S. 397, wo diese Frage unter dem Gesichtspunkt behandelt wird, ob die notarielle Beurkundung die Handelnden zur Überlegung veranlassen soll.
116) RGZ. 149, S. 397.

zeichnenden unbedingten Erklärung", so daß die Beitrittserklärung von einem Vertreter abgegeben werden kann[117]).

II. Unentziehbarer Anspruch auf die Liquidation. Bevollmächtigung zur Vertretung durch alle Mitglieder der aufzulösenden Zentralgenossenschaft.

Wenn der Vertreter des aufzulösenden Verbandes für die Mitglieder die Erklärung des Beitritts abgeben kann und soll, muß er sich vorher mit den Genossen in Verbindung gesetzt haben. Mag es sich bei dem Verband um eine Genossenschaft, eine AG. oder GmbH. handeln, bei allen haben die Mitglieder nach der Auflösung einen Anspruch auf den Liquidationserlös (vgl. § 91 GenGes.; § 300 HGB. und § 72 GmbH.Ges.), d. h. sie können verlangen, daß ihnen der ihrer Beteiligung entsprechende Anteil am Gesamtvermögen ausgezahlt wird.

1. Unentziehbarkeit des Anspruchs auf die Liquidationsquote für die Mitglieder einer Genossenschaft, Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Der Anspruch auf die Liquidation ist unentziehbar. Er stellt ein sogenanntes Sonderrecht dar, das wohl im ursprünglichen Gesellschaftvertrage, aber nicht durch einen nachträglichen G.V. Beschluß, selbst nicht in Form einer Satzungsänderung beseitigt werden kann[118]).

Diese Ansicht ist bestritten. Das Gesetz bestimmt hierüber nichts Ausdrückliches. Auch aus dem Wortlaut der in Frage kommenden Vorschriften ist nichts zu entnehmen. Für die AG. fordert § 300 HGB., daß das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft unter die Aktionäre verteilt wird. Ebenso schreibt § 72 GmbH.Ges. die Verteilung unter die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Anteile vor. Da beide Bestimmungen den gleichen Inhalt haben, können sie zusammen behandelt werden.

1a. Unentziehbarkeit des Anspruchs für die Mitglieder der AG.

Nach der Denkschrift zum HGB.[119]) haben die Aktionäre ein Recht darauf, daß das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft unter sie ver-

117) OLG. Colmar in JW. 1909, S. 396; KG. in OLG. 4, S. 478 = KGJ. 24, S. 74; OLG. Stettin in JW. 1906, S. 39; LG. Hamm in JW. 1913 S. 127; Parisius-Crüger, § 15 Anm. 4 (Ende); vgl. auch RGZ. 74, S. 69.

118) Scholz, § 72 II, 2 Staub, § 300, Anm. 2; Goldschmit, § 300 Anm. 1; Wimpfheimer, S. 174; Brodmann, Aktienrecht, § 250, Anm. 2 f und § 298, Anm. 3 c; Nord, S. 56; Brand, § 300 Anm. 2 a; Ritter, § 300, Anm. 1; RGZ. 7, 34; ROHG. 3, S. 36.

119) S. 167.

teilt wird. Dieses Sonderrecht, so heißt es dort weiter, sei im ersten Satze des § 291 des Entwurfs zum HGB., jetzt § 300 des Gesetzes, ausdrücklich anerkannt; das Recht könne den Aktionären durch Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung nicht entzogen werden. Eine Verwendung des Gesellschaftsvermögens zu einem anderen Zwecke als zur Verteilung unter die Mitglieder sei nur zulässig, wenn eine solche Verwendung schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage, dem sich sämtliche Aktionäre unterworfen hätten, vorgesehen sei. Wenn nun auch das Recht der Aktionäre im Gesetz nicht als unentziehbar bezeichnet ist, so ergeben doch die Ausführungen der Denkschrift, daß bei der Schaffung des Gesetzes die Absicht bestanden hat, das Recht auf den Liquidationserlös als unentziehbar zu gestalten. Außerdem kann man aus dem Inhalt des Gesetzes nichts herauslesen, das einer solchen Auffassung entgegenstehen würde. Dazu führt Goldmann[120]) an, daß schon das frühere Recht den Anspruch als nicht entziehbar anerkannt habe und daß, wie aus der Denkschrift hervorgehe, die in der Rechtsprechung[121]) zum Ausdruck gekommene Ansicht durch § 300 im HGB. gesetzlich habe verankert werden sollen.

Demgegenüber können die von den Gegnern dieser Ansicht vorgebrachten Gründe nicht überzeugen. Da ihre eingehende Behandlung zu weit vom Thema fortführen würde, werden hier nur einige kurz angeführt. So ist Leist[122]) der Ansicht, daß für die Unentziehbarkeit der Liquidation aus dem Gesetz nichts zu entnehmen und daß § 300 HGB. kein zwingendes Recht sei. Bachmann[123]) folgert daraus, daß die spätere Erhöhung des Grundkapitals zum Teil sogar die Herabsetzung desselben durch Verminderung der Aktienzahl zugelassen sei, daß „die Gesetzgebung die Anerkennung eines solchen Rechts auf das Liquidationsvermögen in weitem Umfang ablehnt." Weiter wird von Bachmann geltend gemacht[124]), daß die G.V. durch Schaffung von Vorzugsaktien mit oder ohne Grundkapitalserhöhung das Recht der Aktionäre auf das Restvermögen, wenn sie wolle, vereiteln könne. Daher sei nicht einzusehen, warum ihr ein unmittelbarer Eingriff durch Entziehung des Rechts auf die Liquidationsquote ermöglicht sein solle.

Wenn Bachmann[125]) zur Begründung seiner Ansicht noch auf die Möglichkeit der Änderung des Gesellschaftszweckes durch Ma-

120) § 300 Erl. 1.
121) RGZ. 7, 34; ROHG. 3, S. 336 f.f.; 14, S. 363; 17, S. 46.
122) S. 143.
123) S. 178 ff.
124) Bachmann S. 171. Daß diese Begründung nicht durchgreifen kann, ist in der Denkschrift S. 372 ausgeführt. Hier wird bei Vorhandensein mehrerer Gattungen von Aktien das Vorrecht von dem allen gemeinsamen Recht auf die Liquidation geschieden.
125) S. 171 ff.

joritätsbeschluß verweist und behauptet, daß durch Umwandlung einer Erwerbs-Aktiengesellschaft in eine Wohltätigkeitsaktiengesellschaft das „Anteilsrecht der Aktionäre entzogen" werden könnte, so ist hierzu zu sagen, daß diese Begründung wie die zuerst angeführte von Leist (oben S. 46) zu allgemein gehalten ist. Eine Änderung des Gesellschaftszweckes kann grundsätzlich beschlossen, nur das Recht auf die Liquidationsquote darf nicht beseitigt werden. Daher ist eine Umwandlung in eine Wohltätigkeits-AG. nicht möglich; denn hiermit würde § 300 HGB. verletzt werden[126]).

Endlich wird noch eingewandt, daß das Anteilsrecht auf Umwegen durch die Fusion, zu der auch ein Majoritätsbeschluß genügt, beseitigt werden kann. Es ist zuzugeben, daß dann, wenn der einzelne statt seines Anteils am Vermögen der alten Gesellschaft einen Anteil am Vermögen der neuen Gesellschaft erhält, ein Eingriff in das Sonderrecht vorliegt und daß hierdurch das in § 300 HGB. den Aktionären zugestandene Recht auf Verteilung des Vermögens, beeinträchtigt wird. Man darf jedoch bei dieser Betrachtung nicht unberücksichtigt lassen, daß das Gesetz diese Beeinträchtigung durch Mehrheitsbeschluß nur in wenigen genau bestimmten Fällen zuläßt. § 306 HGB. läßt diesen Eingriff nur dann zu, wenn die übernehmende Gesellschaft ebenfalls eine AG. oder Aktien-Kommanditgesellschaft, also eine ähnlich organisierte Gesellschaft ist. In denselben engen Grenzen ist auch die Fusion von Genossenschaften in den §§ 93 a—c GenGes. geregelt. — Wenn jemand sich nun bei einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft mit seinem Kapital beteiligt, gibt er damit zu erkennen, daß er zu einer solchen Gesellschaftsform, vielleicht in verwaltungstechnischer oder vermögensrechtlicher Hinsicht Vertrauen hat. Der Eingriff wäre weit größer, wenn das Gesetz der Majorität auch die Möglichkeit geben würde, z. B. eine AG. mit einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht zu verschmelzen. Hier würde der Aktionär, der bisher nur beschränkt mit dem Geschäftsanteil für Verluste der Gesellschaft eintrat, nach der Verschmelzung mit seinem ganzen Vermögen einstehen müssen. Dennoch muß zugegeben werden, daß die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß ein Mitglied auch an einem neuen gleichorganisierten Verbande, wie die §§ 306 HGB. und 93 a ff. GenGes. es vorsehen, nicht beteiligt sein will, weil er vielleicht dessen Vermögenslage für ungünstig hält.

Wenn auch einige Bestimmungen des Handelsgesetzbuches das Bedenken aufkommen lassen, als ob § 300 HGB. kein unentziehbares Anteilsrecht schaffen wollte, so sind sie nicht so durchschlagend, als daß man die in der Denkschrift klar zum Ausdruck gebrachte Absicht des Gesetzgebers völlig unbeachtet lassen könnte. Außerdem bestärkt noch

---

126) Hallier, S. 42.

eine von Wimpfheimer[127]) angestellte Betrachtung die hier vertretene Ansicht. Dieser sieht das Recht auf die Liquidationsquote zwar nicht als Sonderrecht an, weil es den Aktionären nicht ihrer Persönlichkeit wegen verliehen ist, sondern ihnen zusteht, weil und soweit sie Mitglieder sind. Zwischen den Aktionären und dem Vermögen der Gesellschaft sind also Beziehungen vorhanden, die den Anlaß zu Versuchen geben, die AG. als eine Gesellschaft und nicht als juristische Person anzusehen. Aus der „gesellschaftlichen Färbung" folgert Wimpfheimer, daß auch diese Beziehungen, die besonders in dem Recht auf die Liquidationsquote zum Ausdruck kämen, gesellschaftlicher Natur sein müßten und daher im wesentlichen gesellschaftlichen Grundsätzen zu folgen hätten. Ihm ist dann auch darin Recht zu geben, daß diese Grundsätze eine Majorisierung der Rechtsträger nicht zulassen. Daraus muß aber naturnotwendig folgen, daß das Recht auf die Liquidationsquote dem einzelnen Aktionär nicht entzogen werden kann[128]).

1b. Unentziehbarkeit des Anspruchs für die Mitglieder der GmbH.

Für die GmbH. gilt das Gleiche wie für die AG., da sie ja nach deren Vorbild aufgebaut ist[129]). Die Verbindung zwischen dem Gesellschafter und dem Stammkapital, auf das es ja bei der Entscheidung der Frage wieder ankommt, ist ein noch engeres. Dieses drückt sich schon im Namen „Geschäftsanteil" aus, der, wie die Aktie bei der AG. hier die Beteiligung bezeichnet. Daher muß bei der GmbH. noch mehr als bei der AG. die Ansicht gerechtfertigt sein, daß das Recht auf die Liquidationsquote nicht entzogen werden kann[130]).

1c. Unentziehbarkeit des Anspruchs für die Mitglieder der Genossenschaft.

Endlich ist noch zu untersuchen, ob für die EG. dasselbe gilt wie für die AG. und GmbH. Wimpfheimer[131]) bejaht diese Frage mit der Begründung, daß hier „im Verhältnis zur GmbH. wiederum ähnlich wie bei dieser im Vergleich zur AG. eine Verstärkung der Bande zwischen dem einzelnen Gesellschafter und seinem Geschäftsanteil oder guthaben zu konstatieren" sei. Sofern es sich um die Begründung handelt, ist ihm nicht beizustimmen. Denn es ergibt sich aus dem Aufbau der Genossenschaft gerade, daß die „vermögensrechtliche Beteiligung des Genossen überall in den Hintergrund gedrängt[132]) und seine persönliche Stellung besonders stark ist. Während bei der AG.

127) S. 173.
128) Wimpfheimer, S. 174.
129) Wimpfheimer, S. 174.
130) Wimpfheimer, S. 175; Scholz, § 70 V und § 72 II 2.
131) S. 175.
132) Deumer, S. 314.

die Aktie die Grundlage der Mitgliedschaft bildet, ergibt sich bei der Personalgesellschaft, welche die EG. darstellt, erst aus der Mitgliedschaft die vermögensrechtliche Beteiligung. Die Mitgliedschaft ist also nur mittelbar mit Vermögensrechten verbunden. Die vermögensrechtliche Beteiligung ist bei der EG. der Ausfluß der Mitgliedschaft des Genossen. Hiermit sollte — darin ist Deumer[133]) Recht zu geben —, die persönliche Natur der Mitgliedschaft hervorgehoben werden. Man kann aber über die für die Beteiligung geleisteten Zahlungen des Genossen nicht ohne weiteres hinweggehen. Der Genosse läßt den ihm nach seinen Einzahlungen zukommenden Gewinn stehen in der Absicht, später beim Ausscheiden durch sein Geschäftsguthaben oder im Falle der Auflösung durch den Anteil an dem Restvermögen einen vermögensrechtlichen Vorteil zu erlangen. So hat er bei Lösung des Mitgliedschaftsverhältnisses einen Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme, deren Höhe durch die Zahl der Genossen und die Vermögenslage der Genossenschaft zur Zeit des Ausscheidens bestimmt wird. Über diese Forderung kann er lediglich durch die Rechte der Genossenschaft beschränkt verfügen. Seine Forderung ist nur durch die Lösung des Verhältnisses zwischen ihm und der Genossenschaft bedingt. Die „Realisierbarkeit ist von dem Eintritt der Bedingung abhängig“ [134]). Der Genosse kann also mit dem Recht, solange er die Organisation der Genossenschaft nicht stört, verfahren, wie mit jedem anderen Vermögensrecht. Da aber Privatvermögensrechte dem Berechtigten nur mit seiner Zustimmung entzogen werden können, muß man auch bei den Genossenschaften annehmen[135]), daß zur rechtsgültigen Entziehung des Anteilsrechtes das Einverständnis eines jeden davon betroffenen Genossen erforderlich ist.

Es kann also wohl das ursprüngliche Statut, aber nicht ein Beschluß der GV.-Versammlung den Genossen ihren Anteil auf die Liquidationsquote entziehen.

Bei allen hier interessierenden Verbänden kann die Liquidationsquote den Mitgliedern nicht durch Mehrheitsbeschluß entzogen werden.

2. Zulässigkeit der Verteilung des Vermögens einer aufgelösten Genossenschaft, Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung in natura.

Es erhebt sich nun die Frage, ob auch dadurch, daß den Mitgliedern des übertragenden Verbandes statt Auszahlung der Liquidations-

133) S. 314.
134) Parisius-Crüger, § 7 Anm. 8.
135) so für die Genossenschaft Wimpfheimer, S. 175; Deumer, S. 314 u. Birkenbiehl-Maurer, S. 204, 227, 233. a. A. Parisius-Crüger, § 91, Anm. 1; Meyer, § 91, Anm. 3 und scheinbar KGJ. 14, 43.

quote in Geld, Aktien bzw. Geschäftsanteile gewährt werden sollen, eine Verletzung des in § 300 HGB., § 72 GmbH.Ges. und § 91 Gen.-Ges. geregelten Sonderrechts auf die Liquidationsquote eintritt. Auch hierüber herrscht keineswegs Einigkeit[136]). Wenn auch das Schrifttum[137]) und die Rechtsprechung[138]) zu dieser Frage kaum direkt Stellung nehmen, berühren sie doch verwandte Fragen, woraus dann ihr Standpunkt zu erkennen ist.

So erklärt Staub[139]) den § 149 HGB., der gemäß § 298 HGB. zur Bestimmung des Umfanges der Tätigkeit der Liquidatoren zur Anwendung kommt und daher die Liquidatoren das Vermögen in Geld umzusetzen haben, für nicht zwingend; denn der Gesetzgeber mache bei der Regelung der rechtlichen Stellung der Liquidatoren einen Unterschied zwischen Bestimmungen, die sich auf das Rechtsverhältnis nach innen beziehen und solchen, die die Rechtsstellung nach außen betreffen. Die Rechtsstellung nach außen sei insofern unabänderlich, als eine Beschränkung der Befugnisse der Liquidatoren nach § 151 HGB. Dritten gegenüber ohne Wirkung sei. Die Rechtsstellung der Liquidatoren zur Gesellschaft könne geändert werden. Daher sei nicht zu bezweifeln, daß die Liquidatoren der OHG. auch Naturalverteilung vornehmen könnten. Dies gehe auch aus der ausdrücklichen Bestimmung des § 152 HGB. hervor, nach der die Liquidatoren den Anordnungen zu folgen hätten, welche die Beteiligten beschließen. Damit hätten sie auch eine vom § 149 HGB. abweichende Vereinbarung, also das Vermögen nicht nur in Geld umzusetzen, zu befolgen. Ferner gehe der Charakter des § 149 als einer Bestimmung nachgiebigen Rechts aus dem Wesen und Zweck der Vorschrift hervor. Der Gesetzgeber beabsichtige nichts weiter, als den Liquidatoren eine Anweisung zu geben, die aber, weil unter Umständen die tatsächlichen Verhältnisse besonders gelagert seien, durch eine für die Beteiligten zweckmäßigere Abmachung ersetzt werden könne. Es könne daher auch Teilung in Natura erfolgen[140]), jedoch nur mit der Genehmigung der GV.

Zu dem selben Ergebnis, wenn auch mit einer andern Begründung gelangt ebenfalls Wimpfheimer. Während er aus § 149 HGB. schon aus dem Grunde nichts Gegenteiliges herleiten will, weil diese Vorschrift sich nur mit der Verwaltung, aber nicht mit der Verteilung des zu liquidierenden Vermögens befaßt[141]), begründet er seine An-

136) Brodmann, § 70, Anm. 1 b; Scholz, § 70 V.
137) Brodmann, § 70, 1 d; Goldmann, § 300, Anm. 1.
138) RGZ. 124, 300.
139) § 298, Anm. 5 a.
140) So ferner Goldschmit, 298, Anm. 6; auch für die GmbH. Hachenburg, § 72, Nr. 8; Fischer, Das Aktienrecht, S. 410; LG. Mannheim in ZAW. 14, S. 229; OLG. Karlsruhe in OLG. 11, S. 33; RGZ. 62, S. 56.
141) Wimpfheimer, S. 26, Anm. 24.

sicht mit der Anwendung des § 752 BGB., wonach die Aufhebung der Gemeinschaft in natura zu erfolgen hat. Denn wenn alle Sätze über die Liquidation, sofern sie nicht ihren Grund offenkundig in der besonderen Eigenart der betreffenden Gesellschaft hätten, als Ausflüsse eines absoluten, überall unterliegenden Begriffes „Liquidation" angesehen würden, so müsse jene gesellschaftsrechtliche Bestimmung des BGB. über die Zulässigkeit der Naturalverteilung auch von prinzipieller, allgemein gültiger Art sein[142]). Die Naturalverteilung entspreche keineswegs nur der besonderen Eigenart der bürgerlich rechtlichen Gesellschaft und finde als ergänzende Vorschrift auf das Aktienrecht Anwendung[143]).

Demgegenüber haben die Urteile des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 25. Februar 1905[144]) und des Reichsgerichts vom 15. November 1905[145]) ausgeführt, daß § 752 BGB. für die Entscheidung der Frage der Zulassung der Naturalverteilung nicht maßgebend sei und auch nicht maßgebend sein dürfe. Beide Entscheidungen lassen die Naturalverteilung nur deshalb zu, weil „nichts dagegen spreche".

Demgegenüber vertritt das Kammergericht[146]) die Ansicht, daß eine Verteilung des Vermögens nur in Geld erfolgen könne. In einer Entscheidung des Kammergerichts[147]) ist ausgeführt, es lasse sich dem Gesetze nicht entnehmen, daß die Liquidatoren kraft der ihnen in § 70 GmbH.Ges. erteilten Ermächtigung befugt seien, statt der Umsetzung des Vermögens in Geld, die Umsetzung in anderen Vermögensstücken vorzunehmen und insbesondere durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mit dem Gesellschaftsvermögen Anteile an einer neugegründeten GmbH. zu erwerben.

Wie oben (S. 50) gezeigt, legt die herrschende Meinung die §§ 91 GenGes., 300 HGB. und 72 GmbH.Ges. nicht so eng aus wie die Entscheidung des Kammergerichts. Wie man den Liquidatoren das Recht zusprechen muß, das Vermögen auch in andere Gegenstände als in Geld umzusetzen, muß man den Mitgliedern das Recht absprechen, den Liquidationserlös nur in Geld ausgeantwortet zu erhalten. Vielmehr muß bei der AG., GmbH. und EG., da der Wortlaut der in Frage kommenden §§ sich deckt, angenommen werden, daß eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens in natura an die Mitglieder *keine* Verletzung ihres Sonderrechts auf den Liquidationsanteil darstellt.

---

142) Z. Akt. W. 14, S. 228.
143) Wimpfheimer, S. 24 ff, 2 b.
144) in OLG. 11, S. 33.
145) RGZ. 62, S. 56 ff.
146) KGJ. 21, 260.
147) ebenda.

3. Keine Möglichkeit der Gewährung von Anteilen des übernehmenden Verbandes statt Auszahlung des Geldanteils.

Mit der Feststellung, daß eine Verteilung des Vermögens in natura keine Verletzung des Rechts der Mitglieder auf den Liquidationsanspruch darstellt, hat man die Frage, ob den Mitgliedern des aufzulösenden Verbandes statt des Geldbetrages Anteile an dem aufnehmenden Verband gegeben werden können, noch nicht gelöst. Es bleibt ferner zu erörtern, ob unter einer Verteilung in natura die Gewährung von Anteilen einer anderen Gesellschaft verstanden werden kann, oder ob dies nicht doch das Sonderrecht der Mitglieder verletzt. Soweit in Theorie und Rechtsprechung eine Naturalverteilung für zulässig erklärt worden ist, lagen bei der Beurteilung der Frage ausschließlich solche Fälle vor, bei denen die zu verteilenden Vermögensgegenstände dem aufzulösenden Verbande gehörten und daher unmittelbar Bestandteile der Liquidationsmasse bildeten. So handelte es sich z. B. in der Entscheidung des Reichsgerichts im 62. Bande, S. 56 ff. um Aktien der Mannheimer Lagerhausgesellschaft und der Mannheimer Dampf-Schleppschiffahrts-Gesellschaft, die aber schon zur Zeit des Bestehens sich im Eigentum der aufzulösenden Gesellschaft befanden. Wenn man hier zu der Möglichkeit zu kommen versucht und auch kommen muß, bei der Liquidation statt des Erlöses die Aktien den Mitgliedern des Verbandes zu geben, ist das aus wirtschaftlichen Gründen zu erklären; denn es kann den Anteilberechtigten nicht damit gedient sein, wenn die Aktien zwecks Umsetzung des Vermögens in Geld an der Börse plötzlich in großer Menge angeboten werden und so ein Kurssturz hervorgerufen wird. Vor allem aber ist in diesem Fall zu berücksichtigen, daß es sich ja hier um Vermögensstücke handelt, die ihrem Verbande und insofern wenigstens wirtschaftlich gesehen, auch den Mitgliedern selbst gehörten. Verloren die Vermögensstücke der Gesellschaft an Wert, so hatte das seine Rückwirkung auf die Beteiligung des Mitgliedes, also des Aktionärs. Daher war hier bei der Liquidation eine Verteilung der Aktien durchaus am Platze.

Um etwas ganz anderes aber handelt es sich, wenn der aufzulösende Verband im Auflösungsstadium neue Beteiligungen für seine Mitglieder mit dem eigentlich zur Auszahlung zu bringenden Gelde erwirbt und wenn die Mitglieder statt des Anteils am Verbandsvermögen eine Beteiligung an einem neuen Verbande erhalten. Ob in diesem Falle nicht ein Sonderrecht der Mitglieder verletzt wird, wirft die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts im 14. Bande, S. 363 auf, führt sie aber nicht aus. Unter einem anderen Gesichtspunkt, wie schon oben § 11 II. 2 erwähnt, prüft das Kammergericht[148]) dieselbe Frage.

Es prüft, ob dem Vorstand das Recht gegeben ist, statt der Umsetzung des Vermögens der Gesellschaft in Geld, die Umsetzung in

148) KGJ. 21, S. 260.

andere Vermögensobjekte vorzunehmen und insbesondere durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrages das Gesellschaftsvermögen in einen Anteil an einer neu gegründeten GmbH. umzuwandeln.

Hier wird also von dem Kammergericht ein ganz anders gelagerter Fall behandelt, als in den oben (§ 11 II, 2) angeführten Entscheidungen und dem Schrifttum. Daher wird das Kammergericht sich auch im Gegensatz zur herrschenden Lehre zu der unverständlich engen Auslegung des § 70 GmbH.Ges. haben verleiten lassen und dem Liquidator nur das Recht zugebilligt haben, das Vermögen in Geld umzusetzen. Es wird Bedenken getragen haben, ob bei einer, der herrschenden Lehre entsprechenden, weitergehenden Auslegung, also bei Zubilligung der Auszahlung der Liquidationsquote in anderen Gegenständen als in Geld dem Liquidator nicht auch das Recht zugesprochen werden müßte, durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrages das Gesellschaftsvermögen in Anteile an einer neuen Gesellschaft umzusetzen. Um nicht zur Entscheidung einer solchen Frage gezwungen zu sein, hat es diese durch eine zu enge Auslegung des § 70 von vornherein abgeschnitten. Zur Bejahung wird man aber auch durch die weitere Auslegung des § 70 nicht gezwungen. Bei der Entscheidung muß man von wirtschaftlichen Gesichtspunkten und von der Verkehrssitte[149]) ausgehen. Dies sei im folgenden dargelegt.

Zunächst sei festgestellt, daß die Verteilung des Vermögens dem Recht auf die Liquidationsquote nur bei solchen Gegenständen gerecht wird, die den gleichen Wert haben wie der nach der Versilberung des Vermögens den einzelnen Mitgliedern zustehende Geldanteil. Der zur Verteilung gelangende Gegenstand ist verschieden, wenn einmal Geld, ein andermal Stücke, wie Aktien oder sonstige Geschäftsanteile als Liquidationsanteil gegeben werden, insbesondere dann, wenn das Mitglied einer AG., GmbH. oder EG., das durch Herausverlangen des Geldanteils die letzte Verbindung mit seinem alten Verbande aufgeben will, gleichzeitig zum Mitglied eines fremden Verbandes gemacht wird. Die Frage, ob hierdurch nicht mehr als eine Naturalverteilung und gleichzeitig eine Verletzung des Sonderrechts bewirkt wird, muß für die einzelnen Teile getrennt betrachtet werden.

1. Hierbei sei zunächst nur der Fall behandelt, daß Aktien als Entgelt für das übertragene Vermögen gewährt werden. Diese stellen zwar eine verkaufsfähige und marktgängige Ware dar. Sie werden im Verkehr allgemein nach ihrem Kurse gewertet, d. h. nach dem Preise, zu dem man sie kaufen oder verkaufen kann. Wer Aktien zugeteilt erhält, kann sie verkaufen. Daraus folgert RG. 62, S. 61, daß die Übertragung von Aktien nicht zu einer dauernden Beteiligung an der Gesellschaft zwinge, und daß die Wirkung des Majoritätsbeschlusses demnach im wirtschaftlichen Ergebnis für alle Mitglieder darin gleich

149) RGZ. 62, 61.

sei, daß es jedem überlassen bleibe, an der fremden Gesellschaft weiterhin beteiligt zu bleiben oder nicht. Dem ist folgendes zu erwidern: Richtig ist zwar, daß es sich bei Aktien um ein Wertpapier handelt, das leicht auf einen andern übertragen werden kann, wenn einmal von den Namensaktien, bei denen die Übertragung ja schwieriger ist, abgesehen wird. Die Aktien können aber sehr schnell im Kurse sinken, so daß für den, der vielleicht gegen seinen Willen Aktionär geworden ist und nicht sogleich die Möglichkeit wahrnimmt, die Aktien zu verkaufen, ein Verlust eintreten kann. Außerdem darf man nicht außer Acht lassen, daß es sich bei Zentralgenossenschaften fast nur um Namensaktien handelt, deren Abtretung nur mit der Genehmigung der Gesellschaft möglich ist (vgl. oben § 3).

Ferner widerspricht es dem Sinn der Liquidation, wenn die Gesellschaft, die doch gerade das Mitglied von allen Verbandspflichten und Bindungen freimachen will, die Mitglieder an einen neuen Verband fesselt. Ein solcher Zwang wäre nur dann gerechtfertigt, wenn er, wie in RG. 62, 56 ff. den Mitgliedern nur zum Vorteile gereichen kann. Würden in dem dort behandelten Fall die Aktien auf einmal auf den Markt geworfen werden, würde ein alle Mitglieder treffender Verlust eintreten. Eine solche Befürchtung ist aber dann nicht gegeben, wenn die Aktien nicht dem auflösenden Verband gehören. Hier könnte umgekehrt durch die Zuteilung von Aktien den Mitgliedern des aufzulösenden Verbandes ein Schaden entstehen. Die Zuwendung von Aktien geht also im vorliegenden Fall *über eine Naturalzuwendung hinaus.*

2. Dieses Ergebnis ist noch mehr gerechtfertigt, wenn den Mitgliedern des aufzulösenden Verbandes *Geschäftsanteile* einer GmbH. gewährt werden sollen. Außer den oben für Aktien angeführten Gründen kommt hier noch ein anderer hinzu: Während sich der Aktionär durch Verkauf seiner Aktien gewöhnlich ohne größere Schwierigkeit seiner Mitgliedschaft entledigen kann, kann es der Gesellschafter einer GmbH. nicht. Zwar sind auch die Geschäftsanteile veräußerlich, hierzu ist aber nach § 15 Abs. III GmbH.Ges. eine Abtretung erforderlich, die in gerichtlicher oder notarieller Form erfolgen muß und zu der durch den Gesellschaftsvertrag noch andere Erfordernisse hinzugefügt werden können. Mit Erfüllung dieser Voraussetzungen ist nur der Übergang des in dem Geschäftsanteil liegenden Mitgliedsrechts vollzogen. Zum Ausweise für die Ausübung der Rechte aus dem übergegangenen Mitgliedschaftsrecht gegenüber der Gesellschaft bedarf es noch der Anmeldung bei dieser, die entweder vom Veräußerer oder Erwerber der Geschäftsanteile zu geschehen hat. Die Abstoßung eines Geschäftsanteils bringt also Erschwernisse mit sich. Daher kann dem Mitglied des aufzulösenden Verbandes nicht zugemutet werden, beim Ausscheiden diese auf sich zu nehmen, indem man ihm einen Geschäftsanteil der aufnehmenden GmbH. aufzwingt. Dies ist umso-

weniger gerechtfertigt, als das Mitglied diese Schwierigkeiten durch die Forderung der Auszahlung des Geldanteils vermeiden konnte.

3. Diese Erwägungen treffen endlich in noch viel höherem Maße bei der EG. zu. Hier kann der Genosse seine Mitgliedschaft nur zum Schlusse eines Geschäftsjahres aufkündigen. Er muß dies mindestens 3 Monate vorher schriftlich anzeigen, sofern im Statut keine längere Frist festgesetzt ist. Außer diesen Erschwerungen der Austrittsmöglichkeit läuft der Genosse die Gefahr, noch 6 Monate nach seinem Ausscheiden für die Schulden der Gesellschaft in Anspruch genommen zu werden (§ 75 GenGes.).

Eine Erleichterung des Austritts bietet zwar § 76 GenGes. durch die Übertragung des Geschäftsguthabens auf einen andern. Es unterbleibt hier die umständliche Auseinandersetzung mit der Genossenschaft. Das Ausscheiden erfolgt nicht erst zum Schlusse des Geschäftsjahres, wie in § 65 GenGes., sondern schon mit der Eintragung in die Liste der Genossen. Hier wird auch der Veräußerer mit der innerhalb von 6 Monaten nach dem Ausscheiden eintretenden Auflösung der EG. nicht wieder rückwirkend Mitglied. Er kann nicht für die Schulden der Gesellschaft in Anspruch genommen werden, da § 75 GenGes. keine Anwendung findet. Dennoch hat er in einem solchen Falle die Nachschüsse, zu deren Zahlung der Erwerber im Konkursverfahren der EG. herangezogen wird, insoweit zu leisten, als der Erwerber dazu außerstande ist. Außerdem erfordert die Übertragung des Guthabens einen schriftlichen Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber.

Damit ist also dargelegt, daß die Erwerbung von Mitgliedschaftsrechten der drei in Betracht kommenden Verbände statt der Auszahlung des Liquidationserlöses in Geld eine Verletzung des Sonderrechts auf die Liquidationsquote darstellt.

Hier bleibt nichts anderes übrig, als die Zustimmung sämtlicher Mitglieder des aufzulösenden Verbandes einzuholen. Dazu genügt ein GV.-Beschluß, durch den alle Mitglieder einstimmig auf ihr Sonderrecht verzichten[150]). In der Praxis wird es wohl meist so geschehen, daß der Vertreter des Verbandes an die Mitglieder herantritt und sich deren Zustimmung erklären läßt. Wer von diesen seine Zustimmung verweigert, wird keine Beteiligung an der übernehmenden Körperschaft erhalten, da die Mitgliedschaftsgewährung gerade ein Ersatz für die nicht zur Auszahlung kommende Liquidationsquote ist. Jedes Mitglied hat es also in der Hand, dem Vertreter seine Bevollmächtigung zur Abgabe der Beitrittserklärung zu verweigern und die Liquidationsquote zu wählen. Aus dem später erfolgenden Auflösungsbeschluß, in dem das betreffende Mitglied überstimmt und zur Auf-

150) Goldschmit, § 300, Anm. 1 Scholz, § 70, V; Ritter, § 300, Anm. 1; Goldmann, § 300, Anm. 1; Wimpfheimer, S. 174, Anm. 21; Denkschrift, S. 163; RGZ. 7, 32; 62, 56; ROHG. 14, S. 363. Weshalb Nord (S. 56) einen „mit Einwilligung der betroffenen Aktionäre" gefaßten Beschluß nicht genügen läßt, ist unerfindlich.

lösung des Verbandes gezwungen werden kann, ist nicht die Verpflichtung jedes Mitglieds zur Übertragung seiner Mitgliedschaft zu entnehmen. Diejenigen, die Mitglied bei der Übernehmerin werden wollen, haben vielmehr diesen Willen dem Vertreter einzeln auszudrücken. Es genügt hierzu schon die mündlich abgegebene Bevollmächtigung (§ 167, Abs. II BGB.)[151]).

Zu untersuchen ist ferner noch, ob der Auftraggeber, also der Beitretende, nur eine physische Person sein kann. Diese Frage wird durch die schon oben (S. 1) festgestellte Tatsache verneint, daß ZG. meist sogar aus juristischen Personen bestehen[152]). Wenn juristische Personen aber Mitglieder solcher Verbände sein können, müssen sie natürlich die Möglichkeit haben, ihren Beitritt zu erklären. Es ist bei diesen erforderlich, daß die Mitgliederversammlung die Änderung der Mitgliedschaft beschließt und das vertretende Organ diesen Beschluß zur Ausführung bringt.

III. Aufnahmeerklärung und Eintragung der aufgenommenen Mitglieder.

Neben der Beitrittserklärung für den Mitgliedschaftserwerb ist die Aufnahmeerklärung erforderlich. Wer zur Abgabe dieser Erklärung befugt ist, ist bestritten. Die herrschende Lehre[153]) spricht dieses Recht der Mitgliederversammlung mit der Begründung zu, daß die Aufnahme eine das innere Leben der Körperschaft betreffende Rechtshandlung darstellt. Eine andere Ansicht[154]) hält den Vorstand für zuständig. Eine Auseinandersetzung hierüber ist insofern müßig, als die meisten Satzungen das Recht der Aufnahme von Mitgliedern dem Vorstand ausdrücklich übertragen. Im übrigen ist diese Frage schon eingehend in Literatur[155]) und Rechtsprechung[155]) behandelt. Auf jeden Fall wird immer der Vorstand die Aufnahmeerklärung abgeben.

Endlich gehört zum Erwerb der Mitgliedschaft nach § 15 Abs. 3 GenGes. die Eintragung in die Liste der Genossen. Sie erfolgt auf Grund der Einreichung der Beitrittserklärung bei Gericht von Seiten des Vorstandes.

---

151) Meyer, § 15, Anm. 3 a; KGJ. 24, S. 74 = OLG. 4, S. 377; JW. 06, S. 39, 51.

152) Meyer, § 15 Anm. 1; JW. 31, S. 668; vgl. auch OLG. 2, S. 90 und 10, S. 244.

153) von Tuhr, Bd. I, S. 543; Planck, zu § 58; Oertmann, § 38 Anm. 4 a und § 58 Anm. 2 a; Hölder zu § 58; Enneccerus, Bd. I, S. 259, Anm. 2; Ruth, S. 495.

154) Staudinger, § 58, Anm. II, 1 a; Cosack, § 46, I, 1 d; Zitelmann, S. 64, ferner ältere Entscheidungen des Reichsger.: RGZ. 9, S. 38; 18, 66; 28, S. 76 und 57, 299.

155) vgl. beide vorhergehenden Anmerkungen, ferner RGZ. 68, S. 351; 119, 103; 125, S. 201, welche annehmen, daß die Mitgliedschaft des beitretenden Genossen durch die Eintragung in die Liste der Genossen entsteht; sie nehmen nicht mehr wie die alten RG Entscheidungen einen Aufnahmevertrag zwischen Beitretenden und Gesellschaft an.

Da hier nur die vertraglichen Bindungen zu behandeln sind, gehört es nicht mehr zur Aufgabe dieser Arbeit, darzulegen, wie dies zu erreichen ist.

Sobald die aufgelöste ZG. das Vermögen auf den übernehmenden Verband übertragen hat, wird der Vorstand dieses Verbandes die Beitrittserklärung dem Gericht einzureichen haben. Das Gericht hat dann den Vorstand und den Beitretenden von der Eintragung zu benachrichtigen.

Mit der Eintragung sind die Mitglieder des aufgelösten Verbandes solche des übernehmenden genossenschaftlichen Verbandes geworden. Damit ist die gleiche Wirkung erreicht, wie sie bei den gesetzlich aufgestellten Fusionsvorschriften für besondere Fälle ohne vertragliche Abmachungen kraft Gesetzes eintritt.

b) Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Allgemeines.

Es bleibt noch die Veränderung der Mitgliedschaft für den Fall zu erörtern, daß die aufnehmende Gesellschaft eine AG. oder GmbH. ist. Unser Ziel ist, die Mitglieder des aufzulösenden Verbandes zu Aktionären oder Gesellschaftern einer GmbH. zu machen. Dies soll geschehen als Entgelt für die Übertragung des Vermögens des aufzulösenden Verbandes, und zwar soll eine Bindung schon zur Zeit des Vermögensübernahmevertrages erfolgen.

Ein Vorvertrag, in Form der Verpflichtung zur Gewährung von Aktien oder Geschäftsanteilen führt, wie oben (§ 9) erwähnt, nicht zu dem erstrebten Ziel. Ein solcher ist besonders bei der AG. gar nicht in Betracht zu ziehen, da er ja auch erst nach dem Kapitalserhöhungsbeschluß statthaft ist (vgl. § 283 HGB.). Man muß vielmehr bei der Übernahme von Aktien oder Geschäftsanteilen von einer sofortigen Zeichnung und Zulassung durch die Vertreter ausgehen.

aa) Mitgliedschaftserwerb bei der Aktiengesellschaft.

§ 12.

Vorratsaktien oder neu geschaffene Aktien. Der Kapitalerhöhungsbeschluß.

α) Verwendung von Vorratsaktien oder neu geschaffenen Aktien zur Mitgliedschaftsgewährung.

Um den aufzunehmenden Mitgliedern Aktien gewähren zu können, müssen solche da sein oder zur Zeit der Fusion geschaffen werden. Es ergibt sich dabei die Frage, ob bei einer Fusion nur Aktien, die durch

Kapitalerhöhung erst geschaffen sind, oder ob vielleicht auch schon vorhandene, sogenannte Vorratsaktien verwandt werden dürfen. Es ist zuzugeben, daß bei Abfassung der §§ 305, 306 HGB. nicht an den Fall gedacht ist, daß die übernehmende Gesellschaft schon ganz oder teilweise über die zur Abfindung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft erforderlichen eigenen Aktien verfügt. Man ging offenbar davon aus, daß bei einer Fusion stets eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft erforderlich ist, um die für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft bestimmten weiteren Mitgliedschaften zu ermöglichen. So ist im § 305 Abs. I HGB. nicht von „einer" Kapitalerhöhung, sondern von „der" Kapitalerhöhung die Rede. Jedoch ist in den §§ 305, 306 HGB. kein gesetzliches Verbot vorhanden, das die Gegenleistung des Erwerbers in eigenen Aktien ausschließt. Wenn man die Gewährung von Vorratsaktien ausschlösse, wäre die Folge, daß die aufnehmende AG. zu einer wirtschaftlich nicht erforderlichen Kapitalerhöhung gezwungen würde.

Nach der Entstehungsgeschichte der §§ 305, 306 HGB. weist der Zug der Entwicklung auf eine Erweiterung und Erleichterung der Verschmelzung dieser Art[156]). Nachdem eine solche Verschmelzung zwischen der AG. und Kommanditgesellschaft auf Aktien ausgedehnt und schließlich so erweitert, daß je nachdem eine Liquidation der übertragenden Gesellschaft in den §§ 304—306 HGB. vorauszugehen hat oder nicht. Weiterhin besteht kein Bedenken wegen Zuteilung in Vorratsaktien im Hinblick auf die Gläubiger der aufzunehmenden Gesellschaft. Die Rechtslage der Gläubiger wird nicht berührt, gleichviel ob die Vollfusion mit oder ohne Kapitalerhöhung geschieht. Die Schutzvorschriften für die Gläubiger im § 306 sind insofern unmittelbar anwendbar. Demnach ist davon auszugehen, daß grundsätzlich eine Vollverschmelzung auch in der Weise möglich ist, daß die aufnehmende Gesellschaft nur einen Teil der zur Abfindung der Aktionäre erforderlichen Mitgliedschaftsrechte durch eine Kapitalerhöhung schafft, im übrigen aber hierzu Vorratsaktien verwendet[157]). Hat die AG. genügend Vorratsaktien, so kann sie auch nur diese benutzen.

Wenn dies also bei der im Gesetz geregelten Verschmelzung möglich ist, muß es auch bei der vertraglich vereinbarten Verschmelzung der Fall sein.

β) Der Kapitalerhöhungsbeschluß.

In der Praxis wird es jedoch meist so sein, daß neue Aktien geschaffen werden, um diese den neuen Mitgliedern zuzuteilen.

Die Zeichnung der neuen Aktien kann erst erfolgen, wenn der

156) RGZ. 124, 303.

157) Staub, § 305, Anm. 14; f. 3; Goldschmit, § 305, Anm. 12; Ullmann, Veräußerung, S. 42 ff.; Müller-Erzbach, S. 314; RGZ. 124, S. 304; 149, 397.

Kapitalerhöhungsbeschluß gefaßt ist. Das ergibt sich aus § 281 HGB., nach dem der Tag angegeben werden muß, an welchem der Beschluß über die Erhöhung zustande gekommen ist, und aus den sonstigen Festsetzungen im Erhöhungsbeschlusse. Erfolgt die Zeichnung, bevor die GV. in der vorgeschriebenen Weise ihren Beschluß gefaßt hat, fehlt der Erklärung des Zeichners die erforderliche Grundlage, sie ist unwirksam.

Daß der GV.-Beschluß über die Kapitalerhöhung vorausgehen muß, widerspricht noch nicht den Verschmelzungsvorschriften; denn auch im Falle § 306 HGB. müssen Aktien, sofern keine Vorratsaktien vorhanden sind, durch Kapitalerhöhung, also durch GV.-Beschluß geschaffen werden. Auch hier bei der vertraglichen Regelung muß der Verschmelzung eine Kapitalerhöhung vorausgehen. Dennoch muß hier erstrebt werden, die Kapitalerhöhung der Mitwirkung der GV. zu entziehen und möglichst in die Hände des Vorstandes zu legen. Der Grund hierfür liegt darin, daß zwischen dem Kapitalerhöhungsbeschluß durch die GV. und der Zeichnung der Aktien und damit der Zulassung durch die gesetzlichen Vertreter des übernehmenden Verbandes, endlich noch der Eintragung, eine zu lange Zeit vergeht, wodurch die Wirksamkeit der Zeichnung, wie wir später (S. 61) noch sehen werden, in Zweifel gestellt ist.

Zwischen dem Beschluß und der Eintragung der Kapitalerhöhung müssen nämlich die Auflösung der Gesellschaft, die Übertragung des Vermögens, die Verhandlungen mit den Mitgliedern der aufzulösenden Gesellschaft über den Übergang ihrer Mitgliedschaft, gegebenenfalls Auszahlung der Liquidationsquote an die nicht übertretenden Mitglieder und endlich die Zeichnung der Aktien durch die Vertreter der Verbände erfolgen. Auch wenn dies möglichst schnell vor sich geht, wenn z. B. die Mitgliedschaftsgewährung gleich durch Zeichnungs- und Zulassungserklärung der Vertreter erfolgt, wird der gesamte Vorgang der Verschmelzung längere Zeit beanspruchen. Das wird sich aber schwer damit vereinbaren lassen, daß nach dem GV.-Beschluß die Zeichnung in absehbarer Zeit erfolgen muß[158]).

Eine weitere Schwierigkeit liegt darin, den Beschluß der GV. so zu gestalten, daß auch wirklich die Erhöhung des Kapitals in der beschlossenen Höhe erfolgen kann. Man muß also die Gefahr vermeiden, daß die GV. eine zu große Erhöhung beschließt, für die sich später keine Aktionäre finden und daher die ganze Kapitalerhöhung gefährdet wird. Diese Unsicherheit der Kapitalerhöhung würde vor allem der Verpflichtung zur Übertragung des Vermögens der aufzulösenden Gesellschaft im Wege stehen. Denn es wird sich keine Gesellschaft verpflichten, ihr gesamtes Vermögen zu übertragen, wenn ihr nicht die

158) OLG. Darmstadt in IW. 1931, S. 807, 3; KGJ. 14, S. 26; Fischer, AktR. S. 321.

Gegenleistung, nämlich die Mitgliedschaftsgewährung, für die Mitglieder völlig sicher ist.

Diesen Schwierigkeiten würde man dadurch begegnen können, daß man dem Vorstand die Möglichkeit gäbe, die Erhöhung des Grundkapitals zu beschließen. Dann könnte dieser die Kapitalerhöhung zu einem Zeitpunkt vornehmen, an dem die aufgeführten Gefahren nicht mehr eintreten können. Dies ist jedoch nicht möglich aus folgenden Gründen:

Der Kapitalerhöhungsbeschluß ist eine Unterart des Satzungsänderungsbeschlusses. Als Eigentümlichkeit dieses Beschlusses ist hervorzuheben, daß er bedingt ist; denn die GV. kann naturgemäß nur beschließen, daß die Grundkapitalsziffer, wenn möglich, erhöht, also verändert werden soll. Ob die Erhöhung wirklich stattfindet, hängt von anderen Tatsachen ab, deren Eintritt sie nicht gebieten kann, nämlich von der Frage, ob Aktien gezeichnet werden und ob bei Bareinlagen die Vierteldeckung eingezahlt wird. Daß diese Bedingung eingetreten ist, wird zum Register angemeldet und alsdann ist die von der GV. beschlossene Erhöhung der Grundkapitalsziffer eintragungsfähig. Diese zum Eintritt der Wirksamkeit des GV.-Beschlusses erforderliche Bedingung ändert jedoch nichts daran, daß der Kapitalerhöhungsbeschluß ein Satzungsänderungsbeschluß ist. Dieser kann nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 274 Abs. 1 HGB. nur durch die GV. erfolgen. Daher kann auch nur die GV. die Kapitalerhöhung beschließen. Sie kann die Beschlußfassung nicht anderen Personen übertragen[159]). Es bleibt daher kein anderer Weg, als den GV.-Beschluß vor der Zeichnung der Aktien herbeizuführen. Man muß dann aber eine Möglichkeit finden, den GV.-Beschluß so zu fassen, daß die Wirksamkeit der Zeichnung nicht in Frage gestellt ist.

Da man nicht immer übersehen kann, in welchem Umfange sich von der aufzulösenden ZG. Zeichner für das zu erhöhende Grundkapital finden, darf der GV.-Beschluß nicht bestimmen: Das Kapital kann nur dann erhöht werden, wenn der ganze betreffende Aktienbetrag gezeichnet ist. Hier wäre nämlich die Eintragung nur nach Zeichnung des gesamten beschlossenen Betrages zulässig[160]). — Um diese Schwierigkeit zu beseitigen, empfiehlt das in JW. 1914, S. 935 abgedruckte Urteil des LG. Berlin vom 26. 6. 1914 für den Fall, daß schon „von vornherein Zweifel bestehen", die Versammlung die Erhöhung nicht mit einem bestimmten Betrag, sondern nur bis zu einer Höchstgrenze beschließen zu lassen.

Die GV. muß entweder einen Mindestbetrag festsetzen, unter dem

---

159) Schmulewitz, Verwaltungsaktie, S. 37; Staub, § 278, Anm. 9 a; vgl. auch Holdheim 9, S. 210; KGJ. 14, S. 26.

160) RGZ. 85, S. 205; Staub, § 278, Anm. 9 a; KGJ. in OLG. 10, S. 244.

die Ausgabe nicht erfolgen soll[161]), oder sie muß eine Höchstgrenze der Erhöhung angeben, hinter der der gezeichnete Betrag zurückbleiben darf[162]). Die erste Möglichkeit wird von Brodmann[163]) deshalb abgelehnt, weil der Beschluß zu unbestimmt sei. Er hält aber einen Beschluß für zulässig, der einen Höchst- und Mindestbetrag zugleich festsetzt. Inwiefern ein Beschluß, der nur einen Mindestbetrag bestimmt, zu unbestimmt sein soll, ist nicht einzusehen. Es ist doch mit einem solchen Beschluß eine genügend bestimmte Grenze angegeben, wenn die GV. weiß, daß zur Wirksamkeit der Kapitalerhöhung eine Mindestbeteiligung in bestimmter Höhe erfolgen muß.

Die von Brodmann anerkannte Möglichkeit der Abfassung des Erhöhungsbeschlusses[164]) muß auch bei der vertraglichen Verschmelzung in Betracht kommen. Sofern der Beschluß nun eine Höchstgrenze bestimmen will, muß er auch erkennen lassen, daß der in ihm angegebene Betrag nicht als ein festbestimmter unabänderlicher Betrag, sondern nur als eine Höchstgrenze gelten soll. Wenn also eine Höchstgrenze angegeben ist, wird, wenn der Beschluß es nicht eindeutig zum Ausdruck bringt, Auslegungsfrage sein.

Der Beschluß darf nur inhaltlich und auch zeitlich nicht zu unbestimmt sein. Die Festsetzung der Zeitgrenze, innerhalb deren die Durchführung der Kapitalerhöhung geschehen muß, dient lediglich dem Zwecke, dann, wenn bei Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses die Übernahme und Zeichnung der neuen Aktien noch nicht sofort erfolgt, der Verwaltung der Gesellschaft innerhalb des durch den Beschluß gesetzten Rahmens Verhandlungen über die Unterbringung der Aktien zu ermöglichen.

Ob und wie die Kapitalerhöhung erfolgen soll, hat in den wesentlichsten Punkten nur die GV. zu entscheiden und zwar auf Grund der Sachlage, wie sie sich im Zeitpunkte der Beschlußfassung darstellt. Dem Vorstand kann die Durchführung nur soweit überlassen werden, als es technisch erforderlich ist, die Absichten der GV. durchzuführen. Es muß dabei die Fristbestimmung dort ihre Grenze finden, wo bei Ablauf der gesetzten Frist eine Veränderung der Sachlage gegenüber dem Zeitpunkt der Beschlußfassung zu befürchten ist. Die Fristbestimmung kann grundsätzlich überhaupt nicht auf längere Zeit erfolgen, als bei der gegebenen Sachlage zur Durchführung erforderlich ist. Keinesfalls darf die Zeitgrenze so gesetzt werden, daß in Wirk-

161) Staub, § 278, Anm. 9 a; Fischer, S. 321; a. A. Brodmann, § 278 Anm. 2 f, der die Festsetzung eines Mindestbetrages ohne Höchstbetrag für unzulässig hält.

162) Staub, § 278, Anm. 9 a; KGJ. 29, A. 102; RGZ. 85, 205; Brodmann, § 279, Anm. 2 f.; Wieland, Bd. II, S. 168, Anm. 24; Hachenburg, GmbH.Ges. § 55, Anm. 6; Recht 1914, Nr. 2752 ff.; JW. 1914, S. 935; Bauer, Ztschr. 22, S. 10; Goldschmit, AG. § 278, Anm. 6.

163) AktR. § 278, Anm. 2 f.

164) vgl. noch Schmulewitz, S. 38; RGZ. 55, S. 68; KGJ. 29, 103.

lichkeit es dadurch dem Vorstand überlassen bleibt, ob und wann die Kapitalerhöhung erfolgt[165]).

Bestimmte ziffernmäßige Angaben können für die Länge der Zeit nicht gemacht werden. Die Beschlußfassung der GV. muß ausgehen von der Sachlage, von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft und von der allgemeinen Wirtschaftslage, wie sie sich im Zeitpunkte des Erhöhungsbeschlusses darstellt. Es darf sich auf alle Fälle nur um eine „absehbare Frist"[166]) handeln. Die Frist darf nicht zu lang oder zu unbestimmt sein[167]).

Der Beschluß muß weiterhin den Vorschriften der §§ 278 ff. HGB. entsprechen. Da die Erhöhung eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages darstellt, finden auch die §§ 274 ff. HGB. Anwendung. Danach muß der Beschluß einer Mehrheit von Dreivierteilen des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals gefaßt sein. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Nicht das neue Mitglied macht die Einlage als Gegenleistung für die Mitgliedschaftsgewährung, sondern der aufzulösende Verband. Das muß sich aber insofern gleichbleiben, als der Verband durch die Übertragung der Vermögensgegenstände eine Leistung für einen dritten, nämlich für die Mitglieder, bewirkt, die für das eingebrachte Vermögen Aktien erhalten sollen. § 279 findet also Anwendung, da das eingebrachte Vermögen eine Sacheinlage darstellt. In dem Beschluß müssen daher Gegenstand der Einlage, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien angegeben werden. Daß es sich um eine Sacheinlage handelt, für die Aktien als Gegenwert gegeben werden, hindert nicht, daß auch hier ausdrücklich eine Zeichnung der Aktien erfolgen muß[168]). Auch wer Sachen einbringt, muß Aktien, die ihm vereinbarungsgemäß dafür gewährt werden, zeichnen.

In § 282 HGB. ist den alten Aktionären das Bezugsrecht ausdrücklich zugesichert. Es erhebt sich bei dieser gesetzlichen Regelung die Frage, wie das Bezugsrecht der Aktionäre auf einen entsprechenden Teil der neuen Aktien beseitigt werden kann. Dieses kann nämlich insofern die Schaffung neuer Mitgliedschaften gefährden, als die alten Aktionäre auf die neu geschaffenen Aktien, die doch zur Entstehung neuer Mitgliedschaften da sein sollen, unvorhergesehen Anspruch erheben. Dieser Gefahr kann insofern begegnet werden, als das Bezugsrecht durch den Erhöhungsbeschluß ausgeschlossen wird[169]).

---

165) Brodmann, AktR. § 278, Anm. 2; Staub, § 274, Anm. 2 und § 278, Anm. 9; KGJ. 14, S. 25; KG. bei Holdheim, Bd. 9, S. 210; LG. Bochum bei Holdheim 14, Seite 17.

166) Staub, § 278, Anm. 9; OLG. Darmstadt in JW. 1931, S. 807, 3.

167) Schmulewitz, S. 40.

168) Brodmann, § 281, Anm. 1 a; Staub, § 274, Anm. 1; RGZ. 149, S. 396.

169) RGZ. 68, S. 245.

§ 13.

Die Zeichnung durch die Vertreter und die Entstehung der Mitgliedschaft.

Erst nachdem der Kapitalerhöhungsbeschluß gefaßt und die Zustimmung der Mitglieder des aufzulösenden Verbandes zum Übergang der Mitgliedschaft wie oben (§ 11, II, 3) bei der Genossenschaft erfolgt ist, werden die Vertreter der beiden Verbände zusammentreten. Die Mitgliedschaftgewährung wird so vor sich gehen, daß der Vertreter des aufzulösenden Verbandes für die einzelnen Mitglieder zeichnet. Wieder hindert die Schriftlichkeit der Form nicht daran, daß das einzelne Mitglied die Zeichnung durch seinen Vertreter vornehmen läßt.

Die Vollmachtserteilung bedarf nicht der schriftlichen Form, sie kann auch mündlich erteilt werden.

Endlich muß der Vorstand der aufnehmenden AG. seine Zulassungserklärung abgeben. Daß auch diese nötig ist, steht zwar nicht im Gesetz wie bei der Genossenschaft im § 15 Abs. 2 GenGes. Es geht aber daraus hervor, daß durch die neue Mitgliedschaft „eine Veränderung des sich erweiternden Organismus der Körperschaft“[170]) eintritt und die Körperschaft daher ihr Interesse in Form der Zulassung zum Ausdruck bringen muß.

Mit der Zulassung ist die Mitgliedschaftsgewährung erfolgt, wenn auch die Mitgliedschaft selbst noch nicht entstanden ist. Das geschieht erst mit der Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung.

bb) Mitgliedschaftserwerb bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§ 14.

Der Kapitalerhöhungsbeschluß und die Zeichnung durch die Vertreter.

Der Mitgliedschaftserwerb bei einer GmbH. weist mit dem Vorangegangenen viele Ähnlichkeiten auf.

Das bei einer Fusion erstrebte Ziel, die Mitglieder des aufzulösenden Verbandes zu Mitgliedern der GmbH. zu machen, kann nur durch Übernahme von Geschäftsanteilen geschehen. Die Vertreter des aufzulösenden Verbandes übernehmen für ihre Mitglieder Geschäftsanteile und die Vertreter des aufnehmenden Verbandes geben ihre Zustimmung unter der Bedingung, daß von dem aufgelösten Verband das Vermögen übertragen wird. Daß eine Zulassungserklärung überhaupt erforderlich ist, geht nicht aus § 55 Abs. II GmbH.Ges. hervor. Dies ergibt sich vielmehr daraus, daß die Aufnahme von Mitgliedern nach der heute herrschenden Lehre[171]) einen Gesamtwillensakt darstellt.

170) Ruth, S. 466.

171) Ruth, S. 466; RGZ. 119, S. 103; 125, 201, wohl auch RGZ. 125, S. 201 und 149, S. 397.

Die Übernahme von Geschäftsanteilen wird immer erst dann geschehen, wenn der zur Kapitalerhöhung erforderliche Erhöhungsbeschluß ergangen ist. Dieser muß, da die Erhöhung gleichzeitig eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages darstellt, nach § 53 GmbH.Ges. von der Generalversammlung mit einer Mehrheit von Dreivierteilen der abgegebenen Stimmen gefaßt sein. Er kann nicht durch andere Organe beschlossen werden. Daher hat nur die Gesellschafterversammlung die Möglichkeit, die Voraussetzung für die Kapitalerhöhung zu schaffen, aber nicht der Geschäftsführer, der mit den Vertretern der aufzulösenden Gesellschaft den Vertrag schließt. An sich kann der Vertrag bei der GmbH. schon vor dem Kapitalerhöhungsbeschluß geschlossen werden[172]). Würde der Geschäftsführer aber die Zustimmung zur Übernahme vor dem Erhöhungsbeschluß geben, hätten die Mitglieder des aufzulösenden Verbandes nicht die Gewißheit, die Anteile jemals zu erhalten, weil ihnen ein Klagrecht auf Vornahme des erforderlichen Erhöhungsbeschlusses nicht zusteht.

Daher muß die Abmachung wie oben (§ 13) bei der Aktiengesellschaft nach der Vornahme des Erhöhungsbeschlusses getroffen werden.

Für die Besonderheit der Fassung des Beschlusses gilt auch hier das oben in § 12 b Ausgeführte.

§ 15.

Vertretung bei der Übernahme von Geschäftsanteilen, insbesondere Form der Bevollmächtigung hierzu. Entstehung der Mitgliedschaft.

Bezüglich der Übernahme der Geschäftsanteile ist eine Vertretung der Mitglieder des aufzulösenden Verbandes möglich.

Bestritten ist aber, welche Erfordernisse für die Bevollmächtigung der Vertreter verlangt werden müssen. Zunächst ist es nötig, daß alle Mitglieder der aufzulösenden Gesellschaft die Vollmacht erteilen müssen, da sie einen Anspruch auf die Liquidationsquote haben und sich diese im Falle der Nichtbevollmächtigung auszahlen lassen können.

Welcher Form bedarf nun die Vollmachtserteilung? Im Gesetz ist hierüber nichts gesagt. Daher scheint es so, also ob sie ohne jede Form erteilt werden kann. Daß für die Übernahme der Anteile selbst die notarielle oder gerichtliche Beurkundung vorgeschrieben ist, kann daran nichts ändern, bestimmt doch § 167, Abs. II BGB., daß die Vollmachtserklärung nicht derForm bedarf, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht[173]). Nun ist aber in § 2 Abs. I GmbH.Ges. bestimmt, daß der Gesellschaftsvertrag des Ab

172) Hachenburg, § 55, Anm. 8.
173) LG. Berlin in DJZ. 10, S. 871.

schlusses in gerichtlicher oder notarieller Form bedarf. Das gleiche Formerfordernis ist in § 2 Abs. II GmbH.Ges. für die Vollmachtserteilung zum Abschluß des Vertrages aufgestellt. Wenn man die spätere Erhöhung des Stammkapitals bei einer GmbH. nicht unmittelbar als Errichtung einer völlig neuen Gesellschaft auffassen kann, so muß man doch in beiden Rechtsgeschäften eine „Wesensgleichheit“[174]) entdecken, die zu Vorschriften geführt hat, welche im wesentlichen gleich sind. Wird bei einer neu zu errichtenden GmbH. die Mitgliedschaft in der Art gewährt, daß die Gesellschafter am Stammkapital mit ihren Einlagen beteiligt sind, so besteht die Erhöhung des Stammkapitals in der Schaffung neuer Anteile, also neuer Mitgliedschaften, oder in der Vergrößerung der Mitgliederanteile. Soweit bei der Übernahme die erste Möglichkeit zutrifft, handelt es sich um eine Neugründung unter Änderung des Stammkapitals[175]). In der Begründung[176]) wird hervorgehoben, daß niemand der GmbH. ohne Stammeinlage angehören dürfe und daher jede Aufnahme eines neuen Mitgliedes eine Kapitalerhöhung nötig mache. Die Abmachungen über die Errichtung der Gesellschaft und über die Übernahme der Stammeinlagen zielen auf die Schaffung von Mitgliedschaften hin. Daher sind für diese im wesentlichen gleiche Vorschriften geschaffen. Man kann daher annehmen, daß bei beiden Rechtsgeschäften „der gleiche gesetzgeberische Grund vorliegt, der auch zur Aufnahme der Formvorschrift über die Vollmachten in § 2 Abs. II GmbHGes. geführt hat“[177]). Die Formvorschrift für die Vollmacht in § 2 Abs. II GmbH.Ges. ist mit der Begründung[178]) geschaffen, Streitigkeiten über die Bevollmächtigung der Vertreter zu beseitigen. Daß diese mehr zu befürchten sind bei Begründung von Mitgliedschaften während der Errichtung der Gesellschaft als beim späteren Mitgliedschaftserwerb durch Übernahme von Anteilen, ist nicht einzusehen. Man kann also feststellen, daß sich „kein prinzipieller Unterschied“[179]) zwischen den beiden Rechtsgeschäften und den Gründen für ihre Regelung ergibt. Als weiteren Beweis dafür, daß der Gesetzgeber bei beiden Geschäften des Mitgliedschaftserwerbs durch strenge Formvorschriften bewirken wollte, daß die einzelnen Erklärungen besonders beweiskräftig und möglichst unanfechtbar seien, ist die durch die Reichstagskommission am Regierungsentwurf vorgenommene Änderung anzusehen. Während der Regierungsentwurf nur einfache Schriftform für die Erklärungen ver-

174) KG. in RJA. 10, S. 199; a. A. RGZ. 50, S. 47 ff.; wo ein Unterschied wohl nur deshalb gesehen wird, weil das RG. von einem etwas anders gelagerten Fall ausgeht. Vgl. weiter Marcus bei Holdheim 14, S. 160.

175) Neukamp in ZHandels- u. KonkursR. 57, S. 485; Hachenburg, § 55, Anm. 15; KG. in RJA. 10, S. 199.

176) S. 104, Amtl. Ausg.

177) KG. i. RJA. 10, 199.

178) a. a. O. S. 48.

179) Wie LG. Berlin in DJZ. 10 S. 871 behauptet.

langte, wurde vom Reichstag die gerichtliche oder notarielle Beurkundung für nötig gehalten[180]). Das Ziel der Beweiskraft und der Unanfechtbarkeit würde nicht erreicht werden, wenn die Bevollmächtigung zur Übernahme nicht der schweren Form bedürfte. Es ist also für die Erteilung der Vollmacht an den Vertreter zwecks Übernahme von Geschäftsanteilen die gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich[181]).

Mit der Abmachung zwischen den Vertretern ist die Mitgliedschaft allerdings noch nicht erworben. Sie erfolgt auch nicht mit Eintritt der Bedingung: der Übertragung des Vermögens, sondern erst mit Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung (§ 57. GmbH.Ges.).

E. Schutz der übernommenen Mitglieder.

Bei der gesetzlich geregelten Fusion ist im § 93 c III GenGes. für die Mitglieder der aufgelösten Genossenschaft ein Kündigungsschutz vorgesehen. Danach haben die Mitglieder das Recht, durch Kündigung ihren Austritt aus der übernehmenden Genossenschaft zu erklären. Dieser Schutz ist wohl dann nötig, wenn jemand ohne seinen Willen Mitglied eines anderen Verbandes wird. Gegen seinen Willen könnte er insofern Mitglied der Übernehmerin werden, als für den Fusionsbeschluß nach § 93 a I GenGes. nur Dreiviertelmehrheit erforderlich ist. Die überstimmten Mitglieder konnten also gegen ihren Willen zum Übergang ihrer Mitgliedschaft gezwungen werden. In den hier behandelten Fällen entfällt aber dieses Bedenken, da ja jedes einzelne Mitglied eines Verbandes sich mit dem Übergang der Mitgliedschaft seines Verbandes dadurch einverstanden erklärt, daß es auf die Auszahlung der Liquidationsquote verzichtet.

§ 16.

Bedeutung der vertraglichen Verschmelzung.

Wie oben in § 1 ausgeführt ist, bestehen die ZG. meist in der Rechtsform der EG. Daraus ergibt sich, daß die Verschmelzung verschiedenartig organisierter Unternehmen oder der GmbH. (vgl. § 5 Vorbem.) nicht häufig vorkommt. Nach einer Auskunft der deutschen Zentralgenossenschaftskasse sind derartige Fälle seit 1930 nur vorgekommen bei der Verschmelzung der Raiffeisengenossenschaften AG. in Berlin, Geschäftsstelle Köslin und der Pommerschen landwirtschaftlichen Hauptgenossenschaft eGmbH. in Stettin bei der Verschmelzung

180) vgl. darüber eingehend: KG. in RJA. 10, S. 200.

181) Scholz, § 2, 6 c; KGJ. 39 A. 27, Neukamp in 2 f. Handels- u. Konk. 57, S. 485 und Hachenburg § 85, Anm. 15; a. A. Marcus bei Holdheim, 14, S. 160 und LG. Berlin in DJZ. 10, S. 871.

der Zweigstelle der deutschen Raiffeisenbank AG. in Köslin mit der Pommerschen Landesgenossenschaftskasse eGmbH. in Stettin, ferner bei der Verschmelzung der Deutschen Raiffeisenbank AG. in Nürnberg mit der Bayerischen Zentraldarlehenskasse eGmbH. in München. Die letzten Verschmelzungen von ZG. sind die der Raiffeisen-Waren-Hauptgenossenschaft eGmbH. in Nürnberg mit der Bayerischen Warenvermittlung landwirtschaftlicher Genossenschaften AG. in München und der Genossenschaftlichen Warenzentrale des Bayerischen Bauernvereins eGmbH. Regensburg mit der Bayerischen Warenvermittlung landwirtschaftlicher Genossenschaften AG. in München. Besondere Bedeutung gewinnen die im Vorangegangenen dargelegten vertraglichen Regelungen außerhalb des Gebietes der ZG. Erst in neuester Zeit hat sich das Reichsgericht in einer Entscheidung im 149. Bande[182]) mit den hiermit im Zusammenhang stehenden und hier behandelten Fragen beschäftigt. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Tatbestand übernahm eine in der Rechtsform der GmbH. organisierte Zuckerfabrik die Vermögensgegenstände einer anderen Zuckerfabrik, die die Rechtsform der AG. hatte. Die Aktionäre der aufzulösenden AG. sollten GmbH.-Anteile erwerben.

182) S. 385 ff.

Lebenslauf.

Am 23. Sept. 1908 wurde ich in Berlin-Südende als Sohn des Prokuristen der Dresdner Bank Erich Mühlenburg geboren. Ich besuchte die Gymnasien in Berlin-Mariendorf und Berlin-Steglitz. Im Herbst 1928 bestand ich die Reifeprüfung.

In den ersten Semestern hörte ich auf der Universität Berlin bei den Herren Professoren Bruns, Heymann, Klee, Kohlrausch, Stutz und Titze und später auf der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg bei den Herren Professoren Bilfinger, Boehmer, Hein, Jahn, Ruth und R. Schmidt.

Am 2. Juli 1932 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Naumburg und am 22. April 1937 die Doktorprüfung. Zur Zeit befinde ich mich in der zweiten juristischen Staatsprüfung.

Für die Anregung zu dieser Arbeit und deren Förderung danke ich Herrn Prof. Dr. Ruth und Herrn Doz. Dr. Isele.